

د. نورة غزلان الشنيوي

دكتوراه الدولة في العلوم القانونية

أستاذة التعليم العالي

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

جامعة ابن زهر أكادير

الوسيط في العقود الخاصة

العقود المدنية والتجارية والبنكية

على ضوء

المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية

في

القانون المدني وقانون الأعمال

الجزء الأول

الطبعة الأولى 1438هـ / 2017م

المؤلف
عنوان الكتاب

: الدكتورة نورة غزلان المشوي
: الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية
والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات
التشريعية والاجتهادات القضائية
في القانون المدني وقانون الأعمال - الجزء الأول
: الطبعة الأولى (1438 هـ / 2017)
: مطبعة الأمنية. الرباط
رقم الإيداع القانوني : 2016MO432B
رسمك : 978-9954-38-731-3
التوزيع : رقم الهاتف: 0666264036

إن جميع المعلومات والآراء المعبر عنها في كل جزء من أجزاء هذا الكتاب، هي من حيث النصوص الذي أعطي لها قراءة وتحليل وتطبيق، وبالشكل الذي صيغت به، ومن حيث الخطأ التي اعتمدت في تبويبها الفني، عبارة عن اجتهاد شخصي للمؤلفة.

© جميع حقوق الطبع محفوظة للمؤلف

تقديم

تتمثل كلمة هذا الكتاب الجديد بشكراً للخالص للقارئ الكريم الذي لهالما شكرنا إنا نعم السند للمعنوي من خلال قبوله واستعماله لأعمالنا المتواضعة والذي نضم من يديه اليوم النسخة الأولى تحت عنوان "الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية على ضوء المستجدات التشريعية والاجتهادات القضائية في القانون المدني وقانون الأعمال".

وهو عبارة عن دراسة تفاحم فيما نرأه من القوانين الجديدة التي صدرت في الحاضر ما يمكننا نمته بالثورة التشريعية لما يمد وضم الدستور منها ما يتعلق بمنحومة القانون المدني كالقانون الصادر بشأن بيع الطائرات في محور الطيران والقانون المتعلق بالملكية المشتركة للمقاربات الجوية والقانون المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكري للمطارات المعدة للمطاري أو الاستعمال المدني.

ومنها ما يخص منحومة قانون الأعمال من قبيل القانون المتعلق مدعوة الجمهور إلى الاشتراك وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاشتراك في أممها أو مدافعها والقانون المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرأسمال والقانون الخاص بتسيير الأصول والقانون المتعلق بالتمويض عن حوادث الشغل والقانون المتعلق بصفة القسب المالي للدار البيضاء والقانون المتعلق بنظام المقاول الذاتي والقانون المتعلق بصفة المحاسب المعتمد وبإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين المعتمدين والقانون المتعلق بالتجارة الخارجية والقانون المتعلق بتفيس مدونة التجارة ومن أحكام

خاصة بأجال الأمداء والقانون القاضي بتغيير وتقسيم قانون شركات المساهمة والقانون المتعلق بورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي والقانون المتعلق بمرل للمعارف أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي والقانون المتعلق بمجلس المنافسة والقانون الخاص بحرية الأسعار والمنافسة ومشروع قانون حول النظام الأساسي لبنك المخرجه.

وبهذا يكون هذا المؤلف بمثابة الجزء الأول من الوسيط في العقود الخاصة المدنية والتجارية والبنكية الذي يروم الإحاطة بما وفق له من شمولي وتقنيات متميزة تتكبد بالأساس على تحيين المعارف القانونية وعلى إدراك ما استجد من قوانين أو من عمل قضائي أو فتاوى مع تعميق البحث فيها، ويؤسر لإدراكات أخرى مستقبلة على شكل أجزاء متتالية.

ولا يخفى أن كتابنا هذا يمد لمرق جهد متواصل امتدت لسنوات وكتبنا من خلالها القوانين المدنية والتجارية وتبعنا مختلف الإصلاحات التي أخرجها المشرع في سبيل تأميس المعاملات المدنية وتحسين مناخ الأعمال وترسيخ مقومات الحكامة والأمن المالي.

ولمنا أن يساهم هذا المصنف العلمي في إغناء الخزانة القانونية وتعزيز إنتاج البحث العلمي ومما لاجتماعنا وأمدعنا في اجتماعنا فشكل دائما مؤمنين بحقيقة مختلفة وهي أنه ليس لأي من، مما أوتير من معرفة أن يدعي إمتثاله بها أو إدراك كمالها أو استمادها.

للإضافة:
د. نورة غزلان الشنيوي

مقدمة

يعتبر القانون المدني بدارع القانون الأساس الذي تفرعت عنه فروع القانون الخاص، والشرعية العامة التي يتم الرجوع إليها في حالة عدم وجود نص خاص في هذه الأخيرة، بل إنه يعد أيضا مصدرا بالنسبة لبعض الفروع من القانون العام.

ويعزى ذلك إلى كونه يشمل على القواعد العامة التي تنظم وتنظم المعاملات، والتي يتضمنها قانون الالتزامات والعقود، الذي ينقسم إلى كتابين، أحدهما يتعلق بالالتزامات بوجه عام، والآخر بالعقود المسماة وأشياء العقود التي ترتبط بها، تلك العقود التي مع مرور الزمن وتطور العصر تمتد نطاقها فضلا عن أن الممارسة أسفرت عن ظهور أنواع جديدة منها، الشيء الذي أدى إلى انفرداها بقواعد خاصة بها، إلى جانب خضوعها للقواعد المتعلقة بالالتزامات بوجه عام.

وبمفهوم آخر، فإن خصوصيات هذه العقود اقتضت وضع أحكام خاصة بكل واحد منها، إلى حد يمكن معه القول بأن أحكام العقود الرئيسية من بيع وإيجار وغيرهما - صارت هي الأخرى تؤلف شريعة عامة - لو صح التعبير - بالنسبة للعقود المنبثقة عنها.

وللإشارة، فإن أغلب الفقه في فرنسا استقر على إطلاق تسمية "العقود الخاصة" أو "العقود الرئيسية" على هذا الفرع من القانون المدني الذي يحتضن العقود المذكورة، بينما يفضل جانب منه عبارة "القانون المختص بالعقود" أو "قانون العقود الخاصة".

أما في المغرب، فإن التسمية التي كانت متداولة في الدراسات الأكاديمية تماشيا مع قانون الالتزامات والعقود هي "العقود المسماة" الذي ما زال منذ 12 غشت 1913 - تاريخ وضعه - إلى يومنا هذا يحتفظ بها، وهي تعني في الواقع "العقود المنظمة"، لكن مؤخرا، بدلت تروج تسمية "العقود الخاصة".

والجدير بالذكر، أنه من ثمة استقطبت العقود المدنية غاية المشرع اعتباراً لأهميتها - فتدخل بتنظيمها بين دفتي ظهير الالتزامات والعقود وكذا خارجه بموجب نصوص خاصة - فإن العقود التجارية حظيت هي الأخرى بنصيب وافر من هذا التدخل، حيث نظم مجموعة منها في إطار الكتاب الرابع من مدونة التجارة، وتعرض للبعض منها في الكتاب الثاني، كما عالج البعض الآخر بموجب نصوص خاصة.

علماً أن إطلاق عبارة العقود التجارية على هذه العقود، لا يحول دون خضوعها للقواعد المنصوص عليها في القانون المدني لمي كل ما لم يرد بشأنه نص أو عرف تجاري خاص، وفي حدود اتفاقها مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري، ومع ذلك، وحتى في هذا الإطار تغل للعقود التجارية بما فيها البنكية، خصوصياتها التي تستدعي خضوعها لقواعد خاصة.

الباب الأول المقود المدنية

في ذكره المغرب من الشمال إلى الجنوب، تعد سنة 1912 حدثاً سيئاً، إذ خلالها قرضت الحماية الفرنسية على جزء كبير من التراب المغربي عملاً باتفاقية فاس المنعقدة بتاريخ 30 مارس 1912، وفي 27 نونبر من نفس السنة تم التوقيع على اتفاقية مدريد التي على إثرها خضع الشمال وأطراف من الجنوب للنفوذ الإسباني، أما سنة 1923-18 دجنبر منها- فتجسد تاريخ بسط نفوذ دولي على مدينة طنجة التي عت بموجب اتفاقية باريس منطقة لتجمع العمليات ومركز الجنسيات.

ولما كانت التسمية التي ينبغي أن تطلق على مثل هذا الغزو الأجنبي: "الاحتلال أو الاستعمار أو الحماية..."¹ وكيفما كانت هذه الأخيرة، أي سواء كانت فرنسية أو إسبانية أو دولية، فالهمم أنها غيرت تماماً مجرى الحياة العامة بالمغرب، وانتقلت به- بعد أن كان يحكم في تدبير شؤونه الدينية والدينية إلى نظام مستمد من مبادئ الشريعة الإسلامية وأحكام واجتهادات فقهاء خاصة منه المالكي، وكذا من الأعراف والعادات المناصلة لديه، والتي كانت تشكل مادة غنية وجزء مهما من تراثه الحضاري- إلى التطبيق القسري لحمولات الثقافة الأجنبية، وسنت له قوانين وسطرت له أنظمة -باسم الإصلاح في العديد من الميادين المنصوص عليها في تلك المعاهدات- أجنبية وغريبة عما ألفه.

وبتعبير آخر، فإنه في ظل هذا الوضع الذي أفرزته الحماية أصبحت تتحكم في ممارسة السلطة التشريعية اعتبارات جديدة، ذلك أن السلطات الفرنسية أقرت للمقيم العام- وهو ممثل الحكومة الفرنسية لدى السلطان المغربي- سلطة اقتراح والمصادقة ونشر القوانين، بينما

1- لأن دراستنا لا تنصب في جانب منها على إيراد المعنى اللغوي والاصطلاحي للكلمة، بل نأخذ ما بأن لعل هذا النوع من العمل أقرته الفاسة.

لحفظت لهذا الأخير فيما يتعلق بالاختصاص التشريعي بضم الظواهر بطابعه الشريف.

وسعت السلطات الإسبانية جاهدة إلى جعل الخليفة السلطاني بمدينة تطوان يتمتع بشخصية مستقلة ويتبوأ بالتالي نفس المكانة التي للسلطان الشريف بمدينة الرباط، والذي كان في الواقع صاحب المشرعية التاريخية في سائر أنحاء التراب المغربي².

وبالنسبة لمنطقة طنجة، قضت اتفاقية باريس³ بتعيين السلطان لملدوب عنه بمثله فيها وتكون له سلطة إصدار النصوص التشريعية والتي كان يتوقف خروجها إلى الوجود على التصويت عليها من طرف الجمعية التشريعية الدولية والتأثير من لدن لجنة المراقبة⁴.

2- وهي اعتبارات كانت تتألى مع التقاليد التي ترسخت في مجال العمل التشريعي في فترة ما قبل الحماية، والتي تذكر منها الدور المركزي الذي كان يلعبه أهل العلم والفقهاء من خلال مشاركتهم للعائلة في التشريع عن طريق الفتوى وتقديم المشورة للسلطان، وهي الدور الذي كان يقوم به هذا الأخير عبر إصدار الظواهر الشريفة والرسائل المخزنية المستوية على قواعد أو تكابير ذات صبغة تشريعية.

أنظر في هذا المعنى:

- عبد الإله فونثير، العمل التشريعي بالمغرب: أصوله التاريخية ومرجعياته الدستورية. دراسة تأسيسية وتطبيقية. الجزء الأول: الأصول التاريخية للعمل التشريعي. سلسلة دراسات وأبحاث جامعية. العدد 2، الطبعة الأولى. سنة 2002. الصفحات 136 و 137 و من 142 إلى 144.

محمد أتركي، الظهور الشريف في القانون العام المغربي. الطبعة الأولى. سنة 1983. الصفحات: 35 و 38 و 39.

3- في المادة 29 منها.

4- محمد محتم، التطور التقليدي للقانون الدستوري. أطروحة لنيل دكتوراه لنسبة في القانون العام. ص 63 وما بعدها. السنة الجامعية: 1988. جامعة الحسن الثاني. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

- عبد الإله فونثير، مرجع سابق، ص 144.

وإذا كانت سلطات الحماية، لاسيما الفرنسية منها، قد احتكرت مسألة إعداد واقتراح القوانين بخصوص الموضوعات المدرجة في مخططها الإصلاحي، وتركزت للسلطان حق ممارسة صلاحياته التقليدية في المجالات الدينية والإدارية تحت مراقبتها المستمرة⁵ فإن من بين ما يمكن تسجيله لها، كونها خلقت على الساحة الوطنية أحداثا مكثفة حملت معها قيضا من المتغيرات العميقة، لعل من أبرزها على مستوى التشريع⁶ تلك الموجات المتلاحقة من الظواهر، أو ما يعرف في أدبيات الفقه القانوني "بالمنونكات القانونية الكبرى" التي صدرت كلها بتاريخ 12 غشت 1913، كظهير الالتزامات والعقود⁷ وظهير التنظيم القضائي

5- عبد الإله فرنفر، مرجع سابق، ص 160.

لا نفوتنا الإيماءة في هذا المنحدر إلى أنه "باسم احترام سلطات الحماية لصلاحيات السلطان الدينية والتقاليد المملوكية المغربية، استمر في إمامته لصلاة الأعياد الدينية وتوجيه التنظيمات الدينية إلى الأمة، كما ظل ضرب السكة باسمه واحتفظ بمهمة تعيين موظفي الجهاز التنفيذي، وتعيين القضاة، كما اعترفت بتولية وارث العرش من قبل العلماء والفقهاء والأعيان بوصفهم أهل الحل والعقد... وهذا وجه استمرارية الإرث المغربي- بعدا عن خلافاتها وأهدافها من الإبقاء عليه- أما عناصر التغيير المتمثلة ومتنوعة، منها تأسيس جهاز إداري حديث- فضلا عن أجهزة مغربية مركزية تم إصلاحها لتضم قطب الصدر الأعظم ووزراء المالية والحرب والعدل- يمارس السلطة الفعلية مع ما تقتضيه من مراقبة".

- محمد مختصر، التطور التقليدي للقانون الدستوري المغربي، نفس المرجع السابق، الصفحات: 60 و 62 و 64 و 67 و 70 و 72.

6- لقد اقتصروا على الإشارة فقط إلى التشريع نظرا لكونه بشكل العمدة للمهمة التي ظلت تدار الحماية عالقة بها حتى بعد أن أقر المغرب على استقلاله السياسي.

7- ساء لئن عهد الحماية وما بعده إلى غاية سنة 1965 مبدأ قوامه أن قانون الالتزامات والعقود ينظم العلاقات التي تنشأ بين الفرنسيين والأجانب في مجال الالتزامات، وأن المحاكم الفرنسية أو العصرية هي المختصة بتطبيقه، ومع ذلك كانت ثمة حالات يسري فيها قانون الالتزامات والعقود على مغاربة، كما في النزاعات المتعلقة بالنقلات المحظلة أو بالمعاملات المدنية أو التجارية والتي يكون فيها أحد الأطراف عنصرأ أجنبيا. أي أنه كلما دخل المغاربة في تراعات من

والظهير المتعلق بالوضع المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب وظهير التحفيظ العقاري⁸ والقانون التجاري، وقانون المسطرة المدنية، وقانون المسطرة الجنائية، وغيره، وذلك بإيعاز من المقيم العام الذي عمل على أن تخرج للفرنسيين المذكورة إلى حيز الوجود بكيفية استعجالية فاجعت شبيهة إلى حد ما ببعض القوانين الأوربية - كالقانون الإيطالي والصومالي والألماني - ونسخة من القانون الفرنسي، باستثناء قانون المسطرة المدنية والقانون العقاري، نظرا لتمييزهما في العديد من النواحي عن نظيريهما في فرنسا.

هذا القبول مع فرنسيين أو أجانب، استتبع ذلك فقدان الاختصاص للقضاء الفرنسي نون الشرعي أو المخزني، وبالتالي تطبيق قانون الالتزامات والعقود على المغاربة بسطة استثنائية.

- محمد الكتشور، مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ. المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، لحد 7. سنة 1984. ص 54 وص 55. عدد خاص بالأهم الدراسية حول موضوع: قانون الالتزامات والسجتم بعد مضي مبعين سنة. 20-21 أبريل 1984. لدار البيضاء.

- محمد جلال السعيد، منخل لدراسة القانون. طبعة سنة 1993. ص 240 وهامشها.

8- إذا كانت سلطات الحماية الفرنسية قد طبعت الميدان القانوني، فإن تدخلها في نظام العقارات ببلادنا جد واضح. ذلك أن العقارات المحفظة كان يحكمها ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري، وظهير 2 يونيو 1915، بخصوص التشريع الواجب للتطبيق على العقارات المحفظة، أما العقارات غير المحفظة فظلت تابعة للأحكام المقررة في فقه المذهب المالكي.

والجدير بالذكر، أن قواعد هذا الأخير لم تستبد بالمرة من التطبيق على الفرنسيين والأجانب، إذ كانت تسري عليهم كلما تعلق النزاع بعقار غير محفظ، بل حتى ولو كان العقار محفظا في حالة ما إذا أحل التشريع العقاري على فقه الإسلامي، أو انعم للنص الواجب للتطبيق فيه أو في قانون الالتزامات والعقود.

- محمد الكتشور، مشكلة التنازع بين الفقه المالكي وقانون الالتزامات والعقود في مجال العقار غير المحفظ، نفس المرجع السابق، ص 49 وص 55.

9- محمد جلال السعيد، مرجع سابق، ص 237 وص 238.

- حماد العراقي، القضاء المغربي بين الأمس واليوم. الطبعة الأولى. سنة 1975. ص 23.

فهذه القوانين التي شكلت بداية مد تشريعي جديد استمر حتى بعد حصول المغرب على استقلاله السياسي، كانت في الواقع معدة لتطبيق أمام المحاكم الفرنسية¹⁰ ومبدئيا على الأشخاص الماضعين لولايتها. وإلى يومنا هذا ما زالت آثار التبعية حاضرة في البعض منها - بدرجات متفاوتة - على الرغم من مساعي المشرع الرامية إلى الإصلاح والتغيير.

وليس صريحا من المبالغة القول بأن هذه الملاحظة تصدق أكثر بالنسبة لقانون الالتزامات والعقود، بل لك القانون الذي جاء مفتعلا من مجلة الالتزامات والعقود التونسية لسنة 1966، ومقتضا بعض الحلول التي يقضي بها الفقه الإسلامي، وهما لمذونة داليون الصادرة في 21 مارس 1804 وكذا الأسلوب الصريحة القانونية المتبع في التشريعات الرومانية-الجرمانية¹¹ والذي حدد سنة 1913 لم تطله تعديلات جوهرية من شأنها أن تعيد صناعته وصياغته وفق المعلومات الوطنية والمعايير الدولية.

موسى عبود ومحمد السبيحي، المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي وفق تعديلات سنة 1993، طبعة سنة 1994، ص 48.

10 - تعتبر المحاكم الفرنسية- الممثلة بمنطقة الحماية الفرنسية بمقتضى التطوير المورخ في 12 غشت 1913 الذي تم توقيده بمرسوم فرنسي صدر في 7 شتنبر من نفس السنة - جهارا قضائيا ابتدعت سلطات لحماية الفرنسية قصد تلمس الحماية لحقوق ومصالح رعاياها والأجانب بالمغرب، راجع بخصوص هذه المحاكم:

- بوره غولان، تعدد المرجعيات وآراء في مسار القضاء بالمغرب، أطروحة دكتوراه، نكتوراء البولة في قانون الخامس- من ص 97 إلى 100 السنة الجامعية 2004-2005، جامعة الحسن الثاني- المحمدية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية.

11 - لأحد فكرة عامة عن أصول قانون الالتزامات والعقود انظر: أحمد الحريش، أصول قانون الالتزامات والعقود: بحث في أصول الفقهية والتاريخية الطبعة الأولى، سنة 1996.

عبد القادر المرحعري، مصادر الالتزامات- الكتاب الأول: نظرية الالتزامات والعقود المغربي للطبعة الثانية، سنة 2005 ص 3 و ص 5.

وفي الإجمال، فإنه لا يمكن عرض الطرف عن المشاكنة
تمنحت عن نفوذ مرجعية أجنبية إلى بلد، كل له منذ قرون حرة
نظمه الخاص الذي يحكم شأنه، يستحضر منها على سبيل
المثال، ما يتعلق بتشريع وضع لبلاد إسلامي¹² ألا وهو قانون الأتراسات
والعقود الذي نشر على مستوى الممارسة إشكالية أسلمته، لأول مرة
بمعية إعلانه وكذا عند تطبيقه في طيل كسائر التوحيد، المعربة
والغريب المؤرخ في 6 يناير 1965¹³ بل وبعد ذلك أيضا¹⁴ ومدى
إمكانية مريد مقتضياته على العقار غير المحظ¹⁵ واتساع نطاق بعض
الحقوق المصممة في ضوء التطورات التي يعرفها حقل المعاملات - مع
جمود النصوص الخاصة بها، وبقاء معظمها على حالته¹⁶ وخصوص
الفصل 54 الذي يعني بأن "سبب الإبطال الصنية على حدة المردم
والحالات الأخرى المشابهة متروكة لتقدير القضاة"¹⁷ والذي لا يسي

12 - محمد شبيب، أصول قانون الأتراسات والعقود من زاوية وضعه وموضوعه،
محلولة لراية في قانون الأتراسات والعقود، من خلال مسيرته، مجلة الحقوق
والاقتصاد، العدد 3، سنة 1989، من ص 51 إلى ص 89.

13 - الذي صدر الأمر بتعديده في 26 يناير 1965 ونشر بالجريدة الرسمية عدد
2727 بتاريخ 3 فبراير 1965 من 208 وتلاه بستانين المرسوم الملكي المؤرخ في
3 يوليو 1967 الذي عدل مقتضياته

14 - أحمد فريوش، الاجتهاد القضائي المغربي في ميدان الأتراسات والعقود
كموضوع للبحوث والدراسات الكتاب رقم 4، الطبعة الأولى سنة 1996 من 23
وما بعده.

15 - محمد الكشور، مشكلة للتنازع بين الفقه المالكي وقانون الأتراسات والعقود
في مجال العقار غير المحظ، مرجع سابق، من ص 41 إلى ص 72.

16 - محمد جلال السعيد، تصانح مجال بعض العقود المصممة وجمود النصوص
القانونية المنظمة لها، المجلة المغربية للاقتصاد والقانون الممارس العدد 18 سنة
1992 عند حاضن باليوم التراسي لتكريم الأستاذ دور الدين الجزولي في موضوع
"العقود بين الناس القوي والاجتهاد القضائي" في 4 دجنبر 1990، ص 7 وما
بعدها.

17 - بفصل الفصل 54 من قانون الأتراسات والعقود المغربي، الفصل 59 من مجلة
الأتراسات والعقود الرسمية - المصدرة بناء على الأمر الصادر في 15 دجنبر
1906 المنشور بالمراد الرسمي ملحق عدد 100 بتاريخ 15 دجنبر 1906، والتي

تصارب الرأي لدى رجال الفقه القانوني حول تحديد طبيعة حالة المرضى والحالات الأخرى المشابهة¹⁸ وجعل النضاء يتخبط في إيجاد الحل المناسب للمسألة¹⁹.

هذا بالإضافة إلى عدم تنظيم بعض النظريات -الصل الصريح- رغم ما شهدته مساحة المعاملات- وعلى وجه التحديد للعلاقات التعاقدية²⁰ من تحولات، كما هو الأمر منذ بالنسبة لنظرية الظروف

جرى العمل بالحكام ووقع تطبيقها في المحاكم التونسية منذ 1907- وما بعد صلها الحقيقي في الفصل 64 من المشروع التمهدي الذي أعده المستشار الإيطالي "سانتيفا" كمطلة المدنية والتجارية للتوسيع.

نظر في هذا الصدد:

محمد شليح، في مشاكل الفصل 54 من قانون الالتزامات والعقود المغربي من حيث تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال لنسبة طلب من حلال التطبيق على قرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 يونيو 1988 مجلة القانون والاقتصاد، العدد 7 سنة 199 صدد حصص بالدراسات القانونية والسياسية، ص 119 وهشاش ص 120.

18 محمد شليح، سلطان الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي منه ومطوره في نظرية العقد رسالة لنيل دبلوم للدراسات العليا في القانون الخاص، سنة 1983، ص 156 وما بعدها جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط.

* Mohamed Azzedine Benshar L'Article 54 Du D.O.C Un Article In Appliqué Pourquoi ? In. Revue Marocaine De Droit Et D'économie De Développement, N°7 1984 P 222 A 248

19- من بين قرارات المجلس الأعلى في الموضوع:

- لقرار الصادر في الملف المدني عدد 34 . 87 بتاريخ 4 أبريل 1990، المنشور بمجلة الإشتعاع العدد 11، سنة 1994 من ص 139 إلى ص 140.

- لقرار رقم 1625 الصادر في الملف المدني عدد 85. 1682 بتاريخ 3 يونيو 1988 المنشور بمطلة القضاء وقانون العدد 39 لسنة 26 جابر 1988، من ص 101 إلى ص 105.

* Omar Azizias Droit Civil Droit Des Obligations. Volume I Le Contrat²⁰ 1995، P135 Et S.

الطارئة، التي اقتصر المشرع المغربي على تبني بعض تطبيقاتها²¹ في ذلك شأن نظيره الفرنسي²² أما القضاء المدني سواء في فرنسا أو في المغرب، بقي متمسكا بمبدأ قاعدة العقد شريعة المتعاقدين²³ تعبرت الظروف التي أبرم في ظلها هذا الأخير

21- مع العلم أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية نصت عليها في الفصل 252 كما تولاه بالتطبيق على صعيد التشريعات العربية الحديثة، المرسوم المصري لسنة 1948 في الفصل 147 والتشريعات التي حثت جنود. 22- لما امتنعت جنود مدأ سلطان الإرادة وتخلصت ركائزها، لتحديث معظم التشريعات الحديثة إلى النص عليه في صلب قوانينها، وهي طابعها فنون الالتزامات والعقود المغربي الذي صاغ القاعدة المبنية على في الفصل 230 بقوله "الالتزامات التعاقدية العتقاء على وجه صحيح تقوم بعدم فسخها بالنسبة إلى منشيئها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاها معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

ولم كان العقد شريعة المتعاقدين وفلاونهما الذي لا يمكن مبدئيا التحرر منه بغيره منعدة طالما أنه تم على وجه صحيح غير مخالف للنظام العام والآداب، فله لا يلزمهما بما صرحا به فيه فحسب، ولكن أيضا بجميع ملحقته التي يقررها القانون والعرف والعدالة وفقا لطبيعة كل التزام على حدة، هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فهو يوجب عليهما أن يتدافعا بحسن نية أي وفق ما تقتضيه المرافعة والاستقامة في التعامل، وما يتطلبه التعاون المتبادل فيما بينهما، وهو ما ذكره المشرع في الفصل 231 قائلا: "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحق الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته".

ويتصد الجانب الآخر المكمل لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين في أنه لا يصح للفاضي كإصل عدم أن يغير شروط العقد ما دامت لا تضل مع مقتضيات النظام العام والآداب.

للمزيد من التفصيل بخصوص قاعدة العقد شريعة المتعاقدين أنظر

درره غزلان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والعقود الوصفية، رسالة لليل دبلوم الدراسات العليا في العلوم القانونية، الموسم الجامعي: 1994-1995، ص 397 إلى ص 404. جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء.

كذلك، فإن التشريع المغربي، لم يبلغ ما بلغه التشريع المصري في حمايته للطرف المدعى، حيث صاغ نظرية متكاملة لتفسير عقود الإدعاء، حدد فيها نطاق سلطة القاضي وذلك في إطار المادة 149 من القانون المدني الجديد²³.

وخلاف للتشريعات الحديثة التي خولت للقاضي سلطة تعديل التعويض الاتعفي أو الشرط الجزائي مد منسوب مصب، فإن المنزوع لمعري بم يملك هذا النهج لا يصح متاجرة - عبارة مثلاً مع نظيره الفرنسي الذي شهد تطوراً عميقاً في هذا الصدد من خلال التعديل لطارئ سنة 1975 على المادتين 1152 و 1231 من القانون المدني²⁴. وذلك عندما قام بتعديل وتعميم الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود، مع العلم أن الاجتهاد القضائي كان يملك انجهاً كلاسيكياً لولاه عدم جواز تعديل الشرط الجزائي ولو وجد في تقديره شططاً، إلى غاية سنة 1991، إذ طالعنا المجلس الأعلى بقراره المؤرخ في 10 أبريل 1991 الذي أحدث تحولاً بشأن أحكام الشرط الجزائي²⁵، مخالفاً ما كان

23 - نفس المادة المشار إليها أعلاه على أنه:

"إن تم المد بطريق الإدعاء وكس قد تضمن شروط تصعبه، جاز للقاضي أن يجعل هذه الشروط أو أن يحمي الطرف المدعى منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة، ويقع بإطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

24 - Gilles Pausani - Des ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale (loi du 9 juillet 1975) p 647 à 687 in, revue trimestrielle de Droit civil n°4 octobre 1985

25 - والشرط الجزائي، تنفق على تقدير التعويض الذي يستحق عند إخلال المدين بالالتزام المدني، وهو يختلف عن العرامة التهديدية التي تقوم على الحكم على المدين بداء مبلغ مالي متتالية بهب حمله على تنفيذ التزامه بالقيام بعمل أو بالامتناع عن القيام بعمل، أي أنه وسيلة إكراه مالية تقضي بها المحكمة عن كل مدة تجبر قد تكون يوماً أو أسبوعاً أو شهراً، وعن العرامة المدنية التي هي عبارة عن جزاءات تقرر في العادة إما بصور قسوية أو بضم داخلية لبعض المؤسسات العامة أو الخاصة، وبالتالي تكتسي طبيعة عقابية أو تأديبية محصورة لا تطوي على أية صفة تعزيبية، على عكس الشرط الجزائي الذي يجد مسنده في العقد إذ يخبر تقديراً اتفاقاً متصفاً بالتعويض، وبذلك تظل وظيفته الأساسية هي

قد استقر من اجتهاد سابق²⁶ غير أن التعديل الجوهري هو ما جاء به القانون رقم 27.99 بالنسبة للفصل 264 الذي أصبحت إليه مقتضى جديدة، تتمثل في إعطاء الحق للمتعاقد في الاتفاق على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من عدم الوفاء بالالتزام الأصلي أو التأخير في تنفيذه، وتحويل المحكمة سلطة تخصيصه متى كان مطالب به أو في حالة التهديد بالحرق، وذلك بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جرائه، أو الرفع من قيمته إذا كان رهدا، تحت طائلة البطش.

ثم إنه ظل متمسكا بمبدأ حرية التعاقد المقرر في الفصل 230 ولم يفرد نصا صريحا للشروط التعسفية²⁷ على غرار المشرع الفرنسي²⁸ وإن كان قد عد هذه الأخيرة في القانون القصصي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، من خلال تخصيص قسم بها.

للتعويض، كما يختلف أيضا عن شرط تحديد المسؤولية، الذي هو اتفاق بين المتعاقدين على حد أقصى للتعويض لا يمكن تجاوزه مهما كانت جسامته للمسور الناتج عن الإخلال بالالتزام العقدي.

26 - أنظر قرار المجلس الأعلى الصادر في 0، أبريل 1991 تحت رقم 977 في ملف المدني عدد 85.3374.

27 - عبد الواسط جبري، أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد ظاهرة احتلال الدائن بين الالتزامات التعاقدية في ظل إنشاء شروط التعسفية. دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوروبية مع إشارة إلى قانون الأنجلو - أمريكي. طبعة سنة 1990. 1991.

28 - راجع مثلا الفصل 35 من قانون 10 يناير 1978 الفرنسي الذي يتضمن نظاما لحماية المستهلكين ضد الشروط التعسفية، وللقانون المؤرخ في 5 يناير 1988 الذي أعطى للنقطة المنقحة دورا في إلغاء الشروط التعسفية، وكذا المرسوم الصادر في 10 مارس 1993 المنطبق بلجنة شروط التعسفية.

voir à ce propos également

-Denis Mazeaud Le juge face aux clauses abusives in le juge et l'exécution du contrat colloque ida aux-en provence 28 mai 1993 avant propos de Jacques Mestre. p 28. 30 36.

وربما أكبر عيب يشوب التشريع المغربي وفي مقدمته ظهور الالتزام والعقد هو ارجحية اللغة²⁹ ذلك أن معظم النصوص وضعت باللغة الفرنسية أثناء فترة الحماية، ثم ترجمت بعد ذلك إلى اللغة العربية، مما آل إلى ميلاد إشكالية الترجيح بين النص الفرنسي والنص المترجم إلى اللغة العربية، لاسيما في حالة التعارض بينهما³⁰.

وعلى العموم، فإن المغرب ورث عن أجداده بركة لا نوائم بينته، ومن المشاهد المثيرة التي يمكن أن نرسم أمام الباحث في الواقع التشريعي خلالها، تعدد القوانين واختلافها بفعل الحيلة التجريبية لتسي مسكتها، والتي أدت إلى تعريق الخريطة السيمنية للمغرب. لذا، كان على المسؤولين المغربية في فجر الاستقلال مصاعفه الجهود للخوض في عمل آخر لا يقل شأنه عن الكفاح السياسي، فوله العمل على تصهير البلاد من مختلفاتها وإقامة ثوابت وموتكرات العيادة الوطنية في سائر الميادين.

وإذا كن من المتحضر في هذا النطاق من الدراسة رصد كافة المعجزات التي حققت تدرجيا خصوصا في مجال التشريع منذ ذلك الحين إلى يومنا هذا، فإنه يمكن على الأقل إعطاء فكرة مقتضبة عن البعض منها.

29 محمد الكشبر، ارجحية لغة النص التشريعي وأثرها على القضاء. مجلة القانون والاقتصاد، العدد سنة 1990 عدد خاص بأعمال الندوة الوطنية التي نظمتها كلية الحقوق بفاس. يومي 24 و 25 نونبر 1989 في موضوع: "القضاء بالمغرب" واقع وفاق". من ص 307 إلى ص 344. جامعة سيدي محمد بن عبد الله. كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس.

30- بلعيد كرومي، ملحة الفاسي في تفسير النصوص التشريعية والقضائية. أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخامس السنة الجامعية 1990-1991. من ص 362 إلى ص 366. جامعة الحسن الثاني كلية علوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الدار البيضاء.

وفي هذا السياق، يشير إلى أنه عقب لاستقلال مباشرة، انصرفت إرادة هؤلاء إلى يلاء اهتماماتهم لإحياء الفقه الإسلامي ومن تشريعات يقتضيهما العهد الجديد وقد ساروا في هذا الاتجاه بخطوهم هدف الانتعاش ما أمكن من التعلق بأهداف التنمية وإرساء دعائم الهوية والخصوصية المغربية على مختلف الأصعدة.

وهكذا تم تأسيس لجنة لتكوين أحكام الفقه الإسلامي³¹ إلا أنه لم ير للنور من أعمالها سوى مشروع حوز السراوح وانحلال ميثاقه دون قانون الأحوال، الذي هيأت منه للكتاب الأول ورعيته إلى ورادة العمل المنشأة آنذاك ضمن تشكيلة أول حكومة مغربية، الشيء الذي كان سببا في توقيف عملية التكوين في الميدان الأخرى³².

ولما صدر قانون التوحيد والمغربية والتعريب في 26 يناير 1965³³ الذي نص في الفقرة الأولى من الفصل الثالث³⁴ على أن "النصوص التشريعية والعرفية وكذا القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا، تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبوعة لدى المحاكم المذكورة في

31- تطبيقا للطبيب الشريف رقم 190 57 1 الصادر بتاريخ 19 غشت 1957.
32- انظر في هذا الصدد.

حماد العرفي، مرجع سابق، صفحات 63 و 65 و 66.

33- يمكن اعتبار قانون التوحيد والمغربية والتعريب إلى حد ما، ذلك الإصلاح الذي جاء بمقتضيات لا مجال للشك في أهميتها كحمولة إصلاحية، عابثا إزالة تعدد القضاة وبالتالي إلغاء معايير الاختصاص الفرعي المتركزة على الجنسية أو الديانة، ثم مغربية الأطر التي تسهر على توير ونجس العدالة في المجتمع، إلى جانب تعريب اللغة القضائية.

لأخذ فكرة عامة عن قانون 26 يناير 1965، انظر

نور غزلان، تعدد المراجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، مرجع سابق من ص 178 إلى ص 195

34- انظر بخصوص قراءة الفقه ولأول مرة لقضاء الفقرة 1 من الفصل 3 من قانون التوحيد والمغربية والتعريب:

- لور غزلان، تعدد المراجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، مرجع سابق من ص 186 إلى ص 191.

الفصل الأول" كن من المعارض لا توصل تلك القوانين التي كانت ملية أمام المحاكم العصرية -طعنسيه- موضع التنفيذ لدى المحاكم الموحدة، ما لم ترجع، غير أن هذا المنطق لم يحترم إلى حد بد منه وكان التشريع العصري بمنطقة الحماية الفرنسية سابقا هو الذي رجع تمديده إلى سائر أرجاء التراب الوطني³⁵.

ومن زاوية أخرى، انكست السلطات المعنية على جعل قوانين البلاد ومنها قانون الالتزامات والعقود مضجعة مع واقعها وموكلتها لمستجدات العصر، من ذلك التعليل الجوهرى الذي أوجع بالقانون رقم 27.95³⁶ على الفصل 264 المنطق بالشرط الجزائى³⁷ وفق ما تصدق الإشارة إليه سابقا.

35 - أنظر من المرجع الوارد في الفهرست السابق، ص 67 و ص 77

Jean -Paul. Razon les Institutions Judiciaires Et la Procédure civile Du Maroc Avec la collaboration de Mohammed Hassen 1ère édition 1988 Page 12.

36- الظهير التشريعى رقم 157 195 الصادر فى 11 غشت 1995 بتعديل القانون رقم 27.95 المتمم بموجبه قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالشرط الجزائى المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 6 شتنبر 1995 ص 2441

ومما تجدر ملاحظته، أنه فى 1 غشت 1995 صدر أيضا الظهير التشريعى رقم 153 195 بتنفيذ لقانون رقم 25.95 الذي أعفى بموجبه الفصل 726 الذي كان ينص على عدم جواز تلجير المرأة لمتروجة خدماتها للرضاعة أو طيرب إلا بإذن زوجها. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4323 بتاريخ 6 شتنبر 1995، ص 4323.

37- ينص الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بالقانون رقم 27.95 على ما يلي:

"الصرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية ربما فاته من كسب متى كانا يتاجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام. وتنفير الضرر الخاصة بكل حالة موكل لعدة المحكمة التي يجب عليها أن تقرر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خصا المدين أو ثلوسه

بحور للمتعاقلين أن يتفقا على التعرض عن لأسرار التي تحقق الدائن لكن جراء عدم الوفاء بالالتزام الاصلى كلها أو جزئيا أو التلخير في تعيد.

وعلا بالطهير الشريف رقم 102 1993 الصادر
2002 بتنفيذ قانون رقم 44.00³⁸ تم للباب الثالث من الفصل
الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود بمسألة
الخاصة من البيوع، بالفرع الرابع الذي طرح فيه "بيع اليد
طور الإيجار"³⁹

وسيرا على نفس النهج، أصدر المشرع التعليم المسوي
103.202 المؤرخ في 11 يونيو 2003 بتنفيذ القانون رقم 10.41 للمعنى
"بالإيجار المعصى إلى تملك العقار"⁴⁰.

وعلى إثر التطور الهائل للتكنولوجيات الحديثة، انتشر
الاتصال عن بعد⁴¹ وشاع للتعامل والتبادل بواسطة الوسائل الإلكترونية

يمكن المحكمة تحييز التحريض المتعلق عليه لا كان متعلقا فيه أو لرفع من مساهمة
إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تحضر من المعروض المتعلق عليه بمسألة البيع السوي
عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجبري
يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك

38- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 يوليوز 2002 من 3 83
39- راجع الفصول من 1-618 إلى 20-618 من قانون الالتزامات والعقود
القانون رقم 44.00.

ويعتبر بيع العقار في طور الإيجار حسب الفصل 1-618 من القانون رقم 44.00
"كل اتفاق يلتزم بالبيع بمقتضاء إيجار عقار داخل أجل محدد
كما يلتزم فيه المشتري بأداء الثمن تبعا لتقديم الأشغال
يحفظ للبائع حقوقه وصلاحياته باعتبار صاحب المشروع إلى غاية انتهاء
الاشتغال".

40- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5172 بتاريخ 25 ديسمبر 2003 من 4375-
4377

والإيجار المعصى إلى تملك العقار- كما نص على ذلك المادة 2 من القانون رقم
51.00 هو "كل عقد بيع يلتزم البائع بمقتضاء تجهيز المشتري الممتلكات بنقل ملكية
عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به يعرض مقابل أداء الوجبة المنصوص عليها
في المادة الثامنة من القانون رقم 51.00 وذلك إلى حلول تاريخ حق الحيازة"
راجع المواد من 1 إلى 23 من هذا القانون

كما ظهرت شبكة الأنترنت كأحدث هذه الوسائل واكتسحت معظم المجالات منها المجال التعاقدية، حيث برز نوع من العقود هو "العقود المبرمة بشكل إلكتروني أو الموجهة بطريقة إلكترونية" كشكل جديد من أشكال التعاقد عن بعد، فذوي طرح تحديث حقيقية بالنسبة للبيئة القانونية التقليدية التي يتم في إطارها التعبير عن الإرادة، وكذا على مستوى القيمة القانونية لكل من السبل العقدية بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، والتوقيع، وكذا على مستوى ثبت الإثبات التقنية وما يليها من التحديثات.

ورغبة منه في تأهيل وتحديث معلوماته القانونية، من المشرع قانونا حول "التجارة الإلكترونية للمعصبات القانونية" بموجب الظهير الشريف رقم 1.07.129 الصادر في 30 يونيو 2007 بتعديل قانون رقم 53.05⁴² الذي يحد من أهم المستجدات التي طرأت على قانون

41 - يعرف الترجمة الأوروبية حول حماية المستهلك رقم 7 لسنة 1997 الصادر في 20 ماي 1997 وسئل الاتصال عن بعد بأنها:

"كل وسيلة يمكن استعمالها دون الحصول المادي والمقر من الموردين والمستهلك لإنشاء عقد بين هذين الطرفين".

وتعرف الفقرة من المادة 25 من القانون رقم 31.08 الفصلي بتحديد تدابير لحماية المستهلك تقنية الاتصال عن بعد بأنها:

"كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد لمستهلك بدون حضور من شخصها في آن واحد".

42 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5584 بتاريخ 6 جويلية 2007 من 3879-3888.

الذي تلاءم سنة 2009 الظهير الشريف رقم 1.09.05 الصادر في 18 فبراير 2009 بتعديل القانون رقم 09.08 المتعلق بجمعية الأشخاص الذين جاء معلقة المعطيات ذات الطابع الشخصي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5711 بتاريخ 23 فبراير 2009 من 552- والذي نص في المادة 1 منه على أن:

"المعلومات في خدمة المواطن وتطور في إطار التعاون الدولي ويجب ألا تمس بالهوية والحقوق والحريات الجماعية أو الفردية للأشخاص، وينبغي ألا تكون ذات إقصاء أسرار الحياة الخاصة للمواطنين.

يراد بما يلي لأجل تطبيق هذا القانون:

الالتزامات والعقود في السنوات الأخيرة، لاسيما على الكتاب الأول من المتعلقة بالالتزامات بوجه عام⁴³ الذي تناول طيه "العقد المبرم بشكل إلكتروني أو بوجه بطريقة إلكترونية"⁴⁴ وهي عبارة أحسن المشرع المغربي صياغتها في نظرا، لأن هذا النوع من العقود يخضع منسب للقواعد المقررة في قانون الالتزامات والعقود، إلا ما استثنى نص⁴⁵.

1- معطيات ذات طابع شخصي: كل معلومات كيفما كل نوعها يخص النطر عن دعائنه بما في ذلك الصور والصوره والمطبعة بشخص ذكي معروف أو كذا لتعرف عليه والمسمى بـ "الشخص المعني".

43- في بعد الإضافة التي أضافها على الفصل الثاني من الباب الأول من قسم الأول من هذا الكتاب، لفرع الباب الأول المكرر - أي الفصول من 1-65 إلى 7-65 للعقد المبرم بشكل إلكتروني أو بوجه بطريقة إلكترونية، دأبت على التعديل وتنظيم والإضافة التي طالت مجرعه من الفصول في إطار قسم البيع من نص الكتاب تحت عنوان: "إثبات الإقرارات وإثبات البرمة منها" وتتبع تلك الفصول في: الفصل 417 و 1-417 و 2-417 و 3-417 و 425 و 426 و 440 و 443 دون أن ننسى طيما لمقتضيات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني المسمى والمصادقة على التوقيع الإلكتروني، التي تناولها في المولد من 6 إلى 11 ومن 15 إلى 28 من القانون رقم 53-05.

44- والجدير بالملاحظة، أن المشرع المغربي لم يعرف العقد المبرم بشكل إلكتروني أو بوجه بطريقة إلكترونية، على عكس عدد من نظرائه، كما نص المشرع الأردني في المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 دأبها إلى أنه، "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كالم جريما".

كما أن لتوجيه الأردني لصدر تحت رقم 7-سنة 1997 كان قد عرف العقد على بعد في المادة 2 منه بقوله:

"هو عقد متعلق بالبيع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطمار لتنظيمي الخاص بمتخدام وحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى يتم العقد".

Directive 97/7 CE Du Parlement Européen Et Du Conseil Du 20 Mai 1997 Concernant La Protection Du Consommateur En Matière Du Contrat A Distance. J.O.N° L Du 04/06/1997 P 19-27.

45- في هذا المعنى ينص الفصل 1-65 على أنه:

الذي يعتبر من أحدث صور العقد على الإطلاق، حيث تستخدم فيه وسائل إلكترونية وتراعى فيه الشروط التعاقدية الخاصة لمحتواه للتوابع لإبرامه وصحته، بل وراثته وتوقيعه⁴⁶ أي أن ما يميزه هو أنه يتم باستخدام نقل بيانات العقد في إطار قضاء إلكتروني من خلال شبكة من شبكات المعلومات والاتصالات.

وقد أثرت الثورة الرقمية في نظرية العقد في العتوب المدني نظرا لأن المبادئ الكلاسيكية والنوع التقليدي أصبح غير قادر على مواكبة التطورات التقنية مما دعا التشريعات إلى إيجاد منسب قانونية لتنظيم المعاملات التي تتم إلكترونيا.

ومسيرة التشريعات الحديثة التي أصبحت تنظر إلى موضوع العقد بشكل يختلف عن القانون المدني التقليدي، وذلك من حيث الاهتمام أكثر بمضمون الإيجاب نفسه وعناصره وطرق إعلانه والحرص على رضا المستهلك، وعلى تبصيره وحمايته من غشائات المهيمن أصحاب العروص أي مقدمي السلع أو الخدمات أو غيرها من خلال العديد من المقتضيات التي تكتسي أحيانا صبغة أمر، بل

"مع مراعاة أحكام هذا الباب، تصبح صحة العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية لأحكام الباب الأول من هذا القسم" وهو القسم الأول من كتاب الأول تحت عنوان، "مصادر الالتزامات برجه عام"

كما يفيد الفصل 2-65 بأنه:
"لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 على هذا الباب" وهي فصول يدرج تحت الفرع المعلق بالتعبير عن الإرادة، وعلى وجه التمهيد من يرتبط بالإيجاب والقبول.

46- في هذا الصدد، ينص المشرع في الفقرتين 1 و 2 من الفصل 3-65 الذي أصبح بموجب القانون رقم 53.05 على ما يلي

"يمكن استعمال الوسائط الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهو إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود، يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد، أو المعلومات الموجهة لثناء تعهده عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرمم إليه مسراحة على استخدام الوسيلة المذكورة".

المشرع المغربي إلى وضع صياغة جديدة لحماية المستهلك، ثم ما- التشريعات المفارمة والقوانين النموذجية الدولية. الصهير الشريف رقم 1103 الصادر في 18 فبراير 2011 بمقتضى القانون رقم 31.08 القاضي "بتحديد تدابير لحماية المستهلك"⁴⁷ الذي يبيّن في الواقع ألا تتوجها لترسانة قانونية ذات صلة بالمرصوع، وهي عبارة عن مجموعة متفرقة في قانون الالتزامات والعقود، ومدونة التجارة ونصوص أخرى تشريعية وتنظيمية خاصة، والتي يعتد البعض منها خطوة نحو إحياء مؤسسة إسلامية تصرب بجنورها في عمق التشريع كأحدى الولايات السببة⁴⁸ ألا وهي الحصة المنظمة بموجب الصهير

47- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5932 بتاريخ 17 أبريل 2011. ص 1072 وصدر المرسوم رقم 212462 في 14 سوبر 2012 بتحديد لأطباء لاسمي المنتج لجمعيات حماية المستهلك التي يمكن لاعتراف لها بصعة للمعة العامة المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6107 بتاريخ 10 سوبر 2012. ص 6279.

كما صدر المرسوم رقم 212503 بتاريخ 11 شتنبر 2013 بتطبيق بعض أحكام القانون رقم 31.08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6192 بتاريخ 3 أكتوبر 2013 ص 8384

48- كان إحياء الحصة لمنجاة التعليم ملكية، اتحت صجمة نص قانون رسمي فيما بعد ألا وهو الظهور الشريف رقم 18270 الصادر في 21 يونيو 1982 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 636 بتاريخ 7 يوليو 1982، ص 836- المعدد لاحتصاصات المحصب رأماء الحرف.

وباختصار يمكن القول، أن الاختصاصات المسندة إلى المحتصب هي ظل هذا القانون - انطلاقا من الفصول من 1 إلى 8 منه- تتمثل في مراقبة داخل دائرة الاختصاص المكاني الذي يرول فيها مهامه- جودة رقابة خدمات ومنتجات الصناعة التقليدية والمنتجات العلاجية والمواد الغذائية والمشروبات ومنتجات التزيين والطلاء، والحرص على التحقق من قولها على المواصفات المقررة في النصوص التنظيمية أو في أعرف المهية، ومن مطابقه لآئمتها للتعريف المحدد أو المذكول في السوق.

وهو يستعين في ذلك مهمته بالمصالح التقنية المختصة، كما يسهر على وجوب لتقيد بما يقتضيه المصدق في المعاملات، والمحافظة على الصحة والطلاء في الأموال الضرورية والقروية، وفي الأماكن التجارية والمهنية، ويبلغ به ملاحظه من

لشريف رقم 18270 الصادر بتاريخ 11 يونيو 1982 بتقعيد القسرين رقم 02.82 المتعلق بإحصائيات المحاسب وأساء الحرف⁴⁹.

ومع مرور الزمن ولأهمية في العقدين الأخيرين، ازدادت الحاجة الملحة إلى حماية المستهلك من مخاطر العملية الاستهلاكية، حيث لم يعد اهتمام الدولة قاصداً على إيجاد الصناعات اللازمة لتوفير السلع

بحال، لأنظمة الخاصة بالمعاملات المذكورة في الجهات المختصة، كتب يجرها بمثل الأعمال الصافية للأدب العمة والأحلاق العريقة في مدى عام ويسعد المحاسب أيضاً في مرفوعة مهمة، أمداء الذين يمتصون تحت امرته سلطة توفيقية في حل الخلافات.
راجع في هذا الشأن:

- ثورة غزالي، تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب، مرجع سابق ص 9 و 0.

49 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 636 بتاريخ 7 يوليو 1982، ص 806.
راجع أيضاً بخصوص هذا الموضوع وعلى سبيل المثال

الظهير الشريف رقم 1.83.08 الصادر في 5 أكتوبر 1984 بتقعيد القسرين رقم 1683 المتعلق بالجزر عن العمل في البساتين، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3777 في مارس 1985، ص 395.

- الظهير الشريف رقم 0920 الصادر في 18 فبراير 2009 بتقعيد القسرين رقم 2508 لقاضي باحداث المكتب الوطني لسلامة الصحة للمنتجات الغذائية.
المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5712 بتاريخ 26 فبراير 2009 ص 599.

- الظهير الشريف رقم 1.10.08 الصادر في 11 فبراير 2010 بتقعيد القسرين رقم 2807 المتعلق بسلامة الصحة للمنتجات الغذائية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5822 بتاريخ 18 مارس 2010، ص 1001.

الظهير الشريف رقم 11140 الصادر في 17 غشت 2011 بتقعيد القسرين رقم 2409 المتعلق بسلامة المنتجات والحلويات والمنتجات وبتتيم الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتنبر 2011، ص 7678.

لمرسوم رقم 2-12-502 الصادر في 13 ماي 2013 بتطبيق القسم الأول من القسرين رقم 2409 المتعلق بسلامة المنتجات والحلويات وبتتيم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6158 بتاريخ 6 يونيو 2013، ص 4420.

والخدمات ومع الاحتكار والعش في الأسعار، وإنما اتسع نطاق هذا ليشمل العديد من التدابير والصعوبات التي من شأنها أن تحمي المستهلك في العملية المذكورة ومعلقاتها من بدايتها إلى نهايتها.

وهكذا، وضع القانون رقم 31 08، الذي يشكل إطاراً مكملاً للمظومة القانونية في مجال حماية المستهلك، والذي من بين أهدافه الأساسية، تعزيز حقوق هذا الأخير - كحقه في الإعلام، وفي الاختيار وفي التراجع، وفي التمثيلية، وغيرها من الحقوق - وصمم حميته فيما يخص الشروط للوردة في عقود الاستهلاك، لاسيما الشروط التعسفية - التي انتقد إليها المشرع باعتبار أنها كانت تشكل عبءاً في المسور المدني، مخصص لها فصلاً بأكمله ألا وهو القسم الثالث الذي يتكرر من المواد من 15 إلى 20⁵⁰ - وتحديد للصعوبات القانونية والتعقيد لغريب

50 يعتبر شرطاً تصب في لعدم البرهنة بين المورد والمستهلك في مفهوم الفقرة 1 من المادة 15:-

"كل شرط يكون للعرض معه أو يرتب عليه إحلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك"

وتنص الفقرة 2 منها على ما يلي:

"تكون تسمم بمقتضى الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون للالتزامات والعقود، ينطبق الأحكام المذكورة كلما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد.

وتطبق كذلك بوجه خاص على صناديق الحساب والقنوات والبنوك والنوادم أو التور التسلية والأوراق أو التذكير، والتي تتضمن شروطاً مفروضة في شكلها بحرية أو غير مفروضة في شأنها، أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقاً"

وجاء في الفقرتين 16 و 17 من ولي:

المادة 16: "تكون الإحلال جوازاً لتأويل المصروف عليها في الفصول 46 إلى 47 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331، (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، بقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. وينفذ كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقد المذكورين مرتبطين ببعضهما البعض من الوجهة القانونية"

للشيء المبيع، وكذا تحديد الشروط والإجراءات المتعلقة بالتعويض عن الضرر الذي قد يلحق بالمستهلك⁵¹

وفي الإجمال -وبعبارة أخرى- اعطاء أي حكم تقييمي للقانون رقم 31.08 الأمر الذي لا يمكننا المجاورة به في هذا الحيز من الدراسة. وفي هذا القانون على الرغم من المسائل التي تروحد عليه من ذلك مثلا تقصيره في يلاء العناية اللازمة لنظريه استغلال الضعف والجهل لدى المستهلك وعدم استعراقها لمختلف الأسباب التي يمكن للمهني أن يستغلها من أجل حمل هذا الأخير على قبول المعاهد⁵² وتكريسه نميذا التصديق من نطاق الإهمال القسائي وإحاطته بغيور من شأنه ألا تسمح لكل المستهلكين بالاستفادة من هذا الاقتير⁵³، عدم تطرقه إلى مسؤولية المهني عن تزويج السلع أو المولد الحظرة أو الصارة بصحة أو سلامة

- المادة 7، "لا يشمل تقدير الطابع التصفوي لشروط من الشروط حسب مسول للمادة 16، تحديد لمحل الأسس من العقد، ولا ملامحه المبرر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومعقولة"

51 - المستهلك حسب الفقرة 1 من المادة 2 من القانون رقم 31.08 هو: "كل شخص طبيعي أو معنوي يفتي أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهية منتوجات أو سلع أو خدمات مدة لاستعماله الشخصي أو العائلي".

52 - فالمادة 59 منه قلص فقط على أنه:

"يقع بإطلا بقوة النالون كل التزام شامع استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبلغ المودع من طرفه وتعويضه عن الأضرار اللاحقة به".

53 وفي هذا السياق نصي الفقرة 1 من المادة 149 منه بأنه:

"بالرغم من أحكام الفقرة 2 من النص 243 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الأنوميات والعقود، يمكن ولاسيما في حالة الفصل عن العمل أو حالة اجتماعية غير متوقعة، أن يوقف تعيد الترسات المدنية بأمر من رئيس المحكمة المختصة.

ويمكن أن يقرر في الأمر على أن المبالغ الممنوحة لا تترب عليها فائدة طيلة مدة المهلة النصائية"

للمستهلك⁵⁴ مع أن من بين مبادئ الأمم المتحدة التوجيهية لحماية المستهلك - بصيغتها الموسعة في سنة 1999 - ما يخص السلامة العامة التي فكرت لها البنود من 11 إلى 14 وغير ذلك - فإنه من زلوية أخرى جاء بالعديد من المقتضيات الجديدة التي ملها ما تجاوز به - إلى حد ما - الحدود التقليدية للحماية الواردة في قانون الاترسات والعقود - كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لتفسير الشروط العامة والمبهمه لصالح المستهلك على المورد للطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية⁵⁵ وإلقاء عبء الإثبات على المورد عند حدوث نزاع بينه وبين المستهلك، واعتبار هذه القرينة من النظام العام⁵⁶ وتمتيع المستهلك وجمعيات حماية المستهلك بمعدة خيارات على صعيد الاختصاص القضائي وما إلى ذلك⁵⁷ - تماثياً مع

54 - ذلك أنه تناول في القسم الخامس من هذا القانون، المسمان القانوني لعيوب الشيء المبوع والصلصال التعاقدية والخدمة بعد البيع في المواد من 65 إلى 73 إلا أنه لم يورد أي مقصى يتعلق بمسؤولية المهني عن المنتج أو المواد الصلولة سلامة أو صحة للمستهلك.

55 - وفي هذا الصدد، جاء في المادة 9 - المستعدة في حقيفة الأمر من الفصل 473 من ق.ل.ع الذي ينص على أنه عند الشك يؤول الالتزام بالمطى الأكثر فائدة للملزم - ما يلي:

" فيما يتعلق بالعقود التي يحرر جميع أو بعض شروطها المقترحة على المستهلك كتابة، يجب تقديم هذه الشروط وتحريرها بصورة واضحة ومفهومة وفي حالة شك حول منلول أحد الشروط يرجح التناول الأكثر فائدة بالنسبة للمستهلك."

56 - خروجاً عن القاعدة المقررة في الفصل 399 من ق.ل.ع التي تنص على ن: "إثبات الالتزام على مدعيه" فإن المادة 34 من القانون رقم 31.08 قد ذهب إلى أنه: "في حالة حدوث نزاع بين المورد والمستهلك، يقع عبء الإثبات على المورد خاصة فيما يتعلق بالنظم المسبق للمعلومات المنصوص عليها في المادة 29 وتأكيداتها واحترام الأجل وكذا قبول المستهلك، يعتبر كل اتفاق مخالف بطلان وعدم الأثر".

ويقصد بالمورد في منطوق الفقرة 2 من المادة 2:

"كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري"

57 - خلافاً للقاعدة في الاختصاص المطى الواردة في الفصل 27 من قانون المسطرة المدنية والتي تقيد بأن المحكمة المختصة هي محكمة الموطن الحقيقي أو

التوجهات المتعارف عليها عالميا، والتي تنظر الى المستهلك كطرف ضعيف يحتاج إلى حماية استثنائية تقيه من تجاوزات المهني، الذي يملك من الأساليب والإمكانات ما يجعله قادرا على حمل المستهلك على التعاقد معه بالشروط التي يريد تحقيقها.

وفي نفس الاتجاه أيضا، تمت تكملة قانون الالتزامات والعقود سنة 2011 بمقتضيات جديدة تتعلق بالمسؤولية المدنية للمنتج عن المنتجات المعيبة بموجب الظهير الشريف رقم 11140 الصادر في 17 غشت 2011 بتعديل القانون رقم 2409⁵⁸ حيث حدد مفهوم مسؤولية المنتج وشروط تحقيقه، وكذا شروط الإعفاء عنها، وشروط الحصول على تعويض عن الأضرار الناتجة عن المنتجات المعيبة.

وفي 3 فبراير 2016 صدر القانون رقم 10712 المعبر والمتمم للقانون رقم 4400 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز⁵⁹ الذي يبرم

المستل للمدعي عليه، فإن المادة 202 من القانون رقم 3108 تجوزت هذا النطاق داعية إلى أنه:

"في حالة نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم رجوع أي شرط محال، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير".

وردد في الفقرة 1 من المادة 159 أن:

"الاحتصاص المحلي يكون في الدعوى المدنية لمحكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر أو أمام محكمة موطن المدعي عليه باختيار للجامعة الوطنية أو جمعية حماية المستهلك".

58- الظهير الشريف رقم 11140 الصادر في 17 غشت 2011 بتعديل القانون رقم 2409 المنعلق بسلامة المنتجات والخدمات وتنظيم للظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 سبتمبر 2011، ص 7678.

59- ظهير الشريف رقم 11605 الصادر في 3 فبراير 2016 بتكليف القانون رقم 10712 القاضي بتعديل وتنظيم القانون رقم 4400 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز لنتم بموجب الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون

توزيع وتقوية العرض السكني، وتمكين المهني من الاستثمار في العقار بشروط وصيغيات مشجعة، فضلا عن محاربة بعض الممارسات غير القانونية المنتشرة في سوق العقار، وجعل هذا الأخير موطئاً بالمقتضيات التشريعية والتنظيمية اللازمة.

وبتاريخ 16 ماي 2016 صدر أحمد الطهير الشريف رقم 11649 القاضي بتعديل القانون رقم 106 المغير والمنعم للقانون رقم 1800 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المدنية⁶⁰ الذي تنص العديد من المستجدات الأساسية منه، توسيع نطاق تطبيق القانون المذكور ليشمل بالإضافة إلى العقارات المقسمة إلى شقق أو طبقات، العقارات المدنية المؤلفة من عمارة أو فيلات أو محلات، منشأة أو مستعدة والمقسمة إلى أجزاء مفردة وأخرى مشتركة مملوكة على الشياع لمجموع الملاك، وإحصاء المشاريع العقارية المبرجة على مراحل لنظام الملكية المشتركة، وستند العقرات التابعة للملك الحاصل للدولة من بطن تطبيق هذا القانون، وغير ذلك.

وبعد هذه الإطلاقة، فإنه لا يعيبنا من قانون الانترنات والعقود - ككتاب يتركز عليه هذه الدراسة المتواضعة - نقصي مصادر وتحديث مختلف موضوعاته واستجلاء علاقته ببقية فروع القانون الأخرى ولا رصد إشكالياته، بل ما يهمنا هو أنه يؤلف مرجعا أساسيا في دراسة لهذا الباب، التي تتمحور حول العقود المسماة أو الخاصة المدنية، والتي ارتأينا أن تتم وفق خطة عمل موزعة على فصلين، حيث منمطي فكرة عامة عن "العقود المسماة المدنية" خلال مدخل نحاول طيه التطرق إلى أبرز الجوانب فيها، من ناحية، ومن ناحية ثانية منسلط الضوء على أهميات لمسائل في عقد البيع وبعض العقود الأخرى، وذلك على الشكل التالي:

الانترنات والعقود المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 بتاريخ 18 جويلية 2016، ص 932.

60 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6465 بتاريخ 16 ماي 2016، ص 3781.

الفصل الأول

الإطار العام للعقود المدنية

في كنف القانون الحاصر تتصهر مجموعة من القواعد التي تروم تنظيم العلاقات التي تربط لأفراد في المجتمع، سواء فيما بين بعضهم البعض أو فيما بينهم وبين الدولة بوصفها شخصا عاديا.

وتتخذ منه عدة فروع يتصدرها القانون المدني الذي يعد الشريعة العامة لقوانين الموضوع⁶¹ والمرجع الاساسي الذي يتم الركوز اليه في حالة عدم وجود حكم لمسألة ما لاسيما في الحقل التعقدي.

61- يعتبر القانون المدني بالنسبة لقوانين الموضوع المصدر الذي يتم الرجوع اليه عند عدم وجود نص حاص بها - كما هو الأمر بالنسبة لقانون الممطرة المدنية كقانون إجرائي - إذ عنه تفرع مختلف فروع القانون الحاصر المدنية، وبالتالي بطل هو القانون الأم الذي تنسب إليه أصلا، رغم محاولتها الاستقلال عنه، وهكذا، فإن قواعد النصرية العامة للالتزامات، وقواعد النظرية العامة للعقد والقواعد العامة للحقوق المدنية، تشكل كلها الإطار العام لجميع المعاملات

ويسمى نطاق القانون المدني بوجه عام في النظم القانونية الرومانية - لحرمانه ليشتمل جميع العلاقات التي تقوم بين الأفراد سواء منها المتعلقة بالأمرات الأحوال الشخصية⁶² أو تلك المتعلقة بالأحوال العينية⁶³.

غير أنه يقتصر في قوانين الدول العربية والإسلامية على القواعد التي تنظم المعاملات المالية بين الأفراد دون العلاقات المتعلقة بالأمرات، ويرجع هذا التخصيص لاعتبارات تاريخية جعلت التمييز بين الأحوال المدنية والأحوال الشخصية من المعرضات الأساسية التي يقوم عليها القانون الحاصر.

كما في قوانين الدول المعاصرة - ما عدا سويس والجرانر باعتبارهما مجالاً لتأثير القانون المدني المصري - ظهت هناك مدونة للقانون المدني تتضمن تنظيمها لكل مجالات الأحوال المدنية، وإنما هناك قانون حاصر بالالتزامات والعقود، وآخر بالحقوق العينية، ومنه يتكون ما يمكن تسميته بالقانون المدني أو قانون المعاملات المالية. بالإضافة إلى مدونة للأحوال الشخصية أو الأسرة ومن ثم بطل التمييز بين الأحوال المدنية والأحوال الشخصية من الأسس التي يبنى عليها القانون الحاصر في الدول المعاصرة أيضاً.

ولعل الأهمية التي يحظى بها القانون المدني، والمكانة المتميزة التي يستقل بها بين فروع القانون الخاص، تعزى أصلاً إلى قنينة التاريخي، فهو شريعة عريقة انصبت فيها اجتهادات الفقه والنصاء، وتصاقلت فيها جهود التشريعات ربما طويلاً من الزمن، الشيء الذي أتاح له تنهما ملحوظ وتطور ملموس في حظيرة المنظومة القانونية

وكما لا يخفى، فإن المشرع إلى جانب القواعد العامة التي تسظم العقد في إطار نظرية تحتوي سائر أحكامه، صاغ أيضاً قواعد خاصة به من المفرد في خصوص إردائها له، لذا جرى نعتي بالمفرد المصفاة

لمطر في هذا الشأن:

- أحمد تاريوش، صايج القانون المدني المصنف، الطبعة الأولى سنة 2012
نصفحات 17-42، 43.

وكذلك:

- خالد عبد الله عبد، المدخل لدراسة القانون مدني ومبادئ نظرية القانون ونظرية الحق، الكتاب الأول نظرية القانون، طبعة سنة 1987 من من 66 إلى ص 69
- محمد جلال السعيد، مرجع سابق، ص 23.

- عبد القبي ميكر، المدخل لدراسة القانون، الطبعة الأولى سنة 1971 ص 57
ولا ننوينا الإشارة هنا إلى أن "مونتسكيو" كان يسمي القانون الخاص "القانون المدني" والقانون العام: القانون السياسي أما "كوما"، فقد وصح مؤلفاً للقانون تحت عنوان: التشريعات المدنية، وأفرد لجزء القانون العام.

بيد أن هذا لا يعني بقاء انعدام الصلة بين كل من القانون المدني والقانون العام، بل على العكس من ذلك، منذ القرن التاسع عشر ومبادئ القانون المدني وتكيفته بشكل لم تسمح على منواله أحكام القانون العام، فهناك عن أن العديد من هذه الأخيرة ما لبث أن نزلت إلى عمالة المدنية على إثر تدخل الدولة في شتى المجالات منها مجال القانون

راجع بهذا الخصوص:

- محمد جلال السعيد، نفس المرجع السابق، ص 24.
- سحر عبد السيد، منشور للنظرية العامة للقانون طبعة سنة 1974. ص 576.

الوسيطية العقود الخاصة العقود الدلالية والتجارية والبنكية

لو العقود الخاصة⁶² أو العقود الرئيسية⁶³ تمير لها عن العقود غير المسماة التي لم يخلع عليها اسما ولم تحظ من لده بالتنظيم.

وتتخرج العقود المذكورة ضمن تصنيفات العقود، أي هي التصنيفات التي عمل الفقه وكذلك المشرع المدني سعي بعض النور على رصعها لها استناد إلى صولات مشتركة تسمح بجمع لمتشعبة منها في فصيلة واحدة، وتمكن بالدالي من تحديد القواعد التي ينبغي تطبيقها على كل عقد بعد إعطائه الوصف القانوني الصحيح.

وبعمل التطور الحاصل في مجال المعاملات على الصعيدين الداخلي والخارجي ظهرت الكثير من العقود الجديدة، وهكذا بعد أن

62- "أي تعبير العقود الخاصة ينطوي على نوع من العموم والانتيس، ذلك أن جميع العقود تعتبر خاصة ولا يوجد ما يقابلها، أي عقود عامة لكل عقد يخصم من جهة مجموعة من القواعد القانونية بعضها عم يطبق على جميع العقود بصرف النظر عن نوعها أو جسمها، وهي التي تشكل النظرية العامة للكترصفات والعقود، وبعضها الآخر يوقع على نوع وجنس العقد الذي سيطبق عليه، وهي التي تشكل قانون العقود الخاصة وعلى العموم، غير مفهوم العقود الخاصة يطبق إلى حد كبير مفهوم العقود المسماة بالمعنى الواسع الذي يحويه لب أي بصرف النظر عن مصدر تنظيمها وتسميتها".

- أحمد البرورش، مباحث القانون المدني العمق، مرجع سبق، ص 45.

وعلى حد تعبير بعض رجال الفقه القانوني الفرنسي، لى العقود الخاصة هي تلك المجموعة من العقود المسماة أي المنظمة بصورة خاصة، بما من قبل المشرع أو كرمتها الأعراف المهنية، والتي أصبحت تشكل قانونا خاصا بها يمكن تسميته بقانون العقد الخاصة.

Voir à ce propos

-Philippe Malaurio, Laurent Aynès Droit Civil Les contrats spéciaux par Philippe Malaurio, Laurent Aynès, Pierre-Yves Gauthier
4ème édition 2009, Éditions PUF-Delata Paris cedex 02

63- أنظر في هذا السجد مثلا:

- جبروم هوييه، المطول في قانون المدني، لعقود الرئيسية خاصة بالمجلد الأول، الطبعة الأولى سنة 2003، بإشراف جاك غيسن ترجمة منصور القضي- عن لا وهامشها.

كانت للهيئة النظرية العامة للعقد، لصحي جزء من أحكامها متجارب
لصام بمو الأحكام الخاصة بالعقود المسماة⁶⁴.
ولإلغاء الضرر على هذه المسائل، منقسم هذا الفصل إلى قسمين
الآتيين:

64- في هذا السياق قيل:

"... إن العقود الخاصة هي الوجه الآخر لأقول النظرية التقليدية للعقد، فالأحكام
الخاصة بالعقود المسماة، أصبحت هي الأسس من أجل تجميع أو صياغة بعض
الأحكام العامة، كما أن بعض الأحكام العامة للنظرية العقد أصبحت متجاوزة نظراً
لكثرة الأحكام الجديدة الخاصة والمنطقة بحماية المستهلك...
وهكذا، شرب الأحكام الجديدة لتجميع من الإشهار الخلاب بشكل أصبحت معه
الأحكام المتعلقة بالتدليس متجاوزة، وكذلك من الشروط للتسوية، كما نسم التبرار
للتزلف جديدة على علق المحترفين، كالألتزام بتفسير المستهلك، والالتزام
بالسلامة، وبصفة عامة تقوية التزامات المحترف...".
مشور إليه لدى:

- أحمد كريبوش، منطل لدراسة قانون العقود المسماة، الطبعة الأولى، سنة 1997.
سنة المعرفة القانونية من 6 و 1 وص 117.

"جرت مواجهة الحركة الكنبية للعقود الخاصة بعدة طريقة - الأكثر خصوصية وفقاً
والأكثر تنوعاً- بعمود النظرية العامة للعقد.

إن النظرية العامة للعقود غالباً ما تتطلب اليوم الرجوع إلى فئتين الخاص
لمختلف العقود. وإن دور قانون العقود الخاصة وأصلته، وإن عمن إلى تطبيق
دور النظرية العامة للعقد."

- جروم هوييه، نفس المرجع السابق، هامش من 13

المبحث الأول

تصنيف العقود وتحديد مضمونها

إذا كانت تسجل لنفسه محاولات كثيرة في سبيل إيجاد تصنيف للعقود، بمعنى وضعها - على الرغم من تعددها وتنوعها - في مجموعات يتنسى من خلالها الوقوف على القواعد الواجبة التطبيق عليها، تلك المجموعات التي تركز بها كتب النظرية العامة للعقوبات والعقود، والتي تبنتها التشريعات المدنية الحديثة - بدرجات متفاوتة - فإن المشرع لم يأت إلا أن يجعل من بين المهام المبرطة بمفاهيم الموضوع تكييف العقود، أي بصدء الوصف القانوني على التصرف المبرم من قبل الطرفين وذلك بعد استبعاد عملية التفسير، لأنه لا يستبعد تكييف العقد ما لم يتم تحريك مضمونه واستقراء العاية التي قصدتها المتعلقان من ورائه إنشاء التعلق

فموضوع هذا المبحث كما يبدو يتقاسمه كل من تصنيف العقود وتحديد مضمونها، ونحن نقدر ما تسعها به مادة للبحث في هذا الجراء من الدراسة، سنعمل على نسط أهم الجوانب فيه على الموال التالي:

المطلب الأول

تقسيمات العقود في الفقه والقانون

إن تقسيم العقود في شكل مجموعات أو فصائل ليس مجرد نشاط ذهني مباشر. رجل القانون يهدف الحصول على جرد منطقي للعقود وإنما هو عملية ضرورية تصنف في معرفة للقواعد القانونية الخاصة بكل فصيلة على حدة.

ولا بأس من الإشارة، إلى أنه مد القرب التاسع عشر يحد الفقه- الفرنسي على وجه التحديد يبحث عن صياغة مشتركة يستند إليه في تصنيف العقود المصنفة، وبالعقل، اعتماداً على بعض الصوابط التي تلي تصنيفات معينة للعقود أنتقد جلها بسبب ما اعترضه من عيب⁶⁵ بينما

65 - مير فريق من الفقهاء بين العقود المدنية الكبيرة، مثل البيع والمعاملة والصغيرة، كالوكالة والصلح.

ومال فريق آخر إلى العمل بصياغة موسيولوجية، فميز بين عقود الصدقة والمنة كالوديعة والوكالة، وعقود المال كالمعوضة أو القرض، وبياة عليه اقترح تصنيف للعقود إلى عقود يتم بها ممارسة النشاط الذي تتخذ منه المؤسسة غرضاً لها كالبيع والمقولة وغيرهما من العقود المصنفة في العرف، وعقود تتعلق بطرق ستمثل المؤسسة كالنقل والتأمين، وعقود عادية ومع الجور إليها بكثرة في عالم الأعمال، وعلى رأسها البيع بشتي أنواعه والركلة والإيجار والوديعة وما دلتك لممارسة التعاقدية بشأنها من شروط، وبالنظر من عقود مستقر العمل على إعطائها سما مجيد. أو قانوني، تصنف لعقود الخاصة انطلاقاً من المعمل والمصنف، إذ بالنسبة لأول، تقسم إلى ثلاثة للحقوق، بمعنى أن المحل الرئيسي للتكريم الشخصي عنها، يكمن في إعطاء شيء كالبيع والهبة، وغير ملقة لها، وهي التي يكون محل التكريم كما في النقل، أو لا يقتضيه كما في الوكالة- أو الامتناع عن القيام به. وهما يحصل لثاني، تقسم إلى عقود معوضة وعقود تبرع

وهكذا، تتخذ المجموعات المنطقية بالعقود الخاصة نتيجة لا عنك ضبط المحل، في حين لا يسمح المصنف إلا بالاهتداء إلى مجموعتين منها فقط للمزيد من التفصيل في هذا الجانب، أنظر

حمى قليل منها بتأييد القضاة وتكريس التشريعات المدنية الحديثة له ونسب الاتجاه الذي أتى بتصنيف برنكر على صياغة قانوني هو المحل أو موضوع العملية، ويشمل العقود التي موضوعها نقل ملكية شيء كالبيع والمقبوضة، والعقود التي ترمي إلى نقل التمتع بشيء كإيجار زينة والعارية والقرص، والعقود التي يتناول عملاً أو خدمة كالوكالة والوديعة.

والمراد بمحل العقد بوصفه صابغاً لتصنيف العقود الخاصة العقود عليه أو الالتزام الرئيسي الناشئ عن العقد، والذي يشكل صميم حاصبه في سببه بحيث يميزه عن غيره من العقود. وهناك فرق بين محل العقد وهو العملية القانونية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها، والتي تختلف من حالة إلى أخرى - إذ قد تكون إيجار أو بيعاً أو غيرهما - وبين محل الالتزام، الذي هو الأداء الملحق على عاتق الملتزم، والمتصل في عطاء شيء أو القيام بعمل أو امتناع عن القيام بعمل.

هذا عن القصد، أما بالنسبة للتشريع، فقد مثلاً القانون المدني المصري - الذي صنف العقود بلزجوع إلى صياغة قانوني هو محل العقد - والقوانين المفتتحة منه كالقانون المدني الليبي، ونظيره الجزائري الذي صنف العقود إلى المجموعات التالية:

1- العقود الواردة على الملكية، وهي البيع والمقبوضة والشرقة والقرص لاستهلاكه والصلح، علماً أن المشرع نظم عقد الهبة في قانون الأسرة لسنة 1984.

2- العقود الواردة على الانتفاع بالشيء، وهي الإيجار والعارية.

3- العقود الواردة على العمل، وهي المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة.

- أحمد فريوش، محل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 33 إلى ص 40.

- جبروم هوييه، مرجع سابق، من ص 32 إلى ص 33.

4- العقود الاحتمالية أو عقود المرور، وهي المقامر، والرهان والمرح.

5- عقود التأمينات الشخصية، وتشمل عقد الكفالة، أما التأمينات العينية - الرهن الرسمي والرهن الحيازي فنطرق إليها في الكتاب الخامس بالحقوق العينية الأصلية⁶⁶.

وانتفى التشريع الفرنسي محض يتمثل في تقسيم العقود إلى تبليدية وغير تبليدية ومحددة القيمة واحتمالية، ثم إلى عقود معاوضة وعقود تبرع⁶⁷.

وساق المشرع المغربي في إطار قانون الالتزامات والعقود مختلف العقود التي نظمها، إلا أنه -كمثله الفرنسي- لم يسلط في تلك تصنيفا معينا يسمح بجمع المماثل منها في فصيلة واحدة وإنما فوض الأمر للمفسر الذي أسفرت اجتهاداته عن تقسيمات كثيرة لها تختلف بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها - كتكرينها مثلا، ونطاق تطبيقها، وطريقة تنقيدها، ومدى أهمية عنصر الرهن فيها، وتنظيم المشرع لها والآخر المترتب عليها وغير ذلك⁶⁸ - وعموما هناك العقود الآتية:

66 - المزيد من التفصيل في هذا الصدد، انظر:

- جبرم هوي، مرجع سابق، من ص 33 إلى ص 37.

- أحمد تريبوش، مسجل لدراسة قانون العقود للمصاغة، مرجع سابق، من ص 42 إلى ص 45.

- عبد القادر العربي، مصادر الالتزام. الكتاب الأول. نظرية العقد، مرجع سابق، ص 170.

67 - انظر الفصول من 1102 إلى 1106، من القانون المدني الفرنسي.

68 - انظر في هذا الصدد.

- أحمد تريبوش، مسجل لدراسة قانون العقود للمصاغة، مرجع سابق، ص 35.

إبراهيم العلوي الجدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد. الطبعة الأولى سنة 1906 لصفحتين 129 و 132، و 137 و 143 و 145 و 151 و 156 و 158 و 162.

الفقرة الأولى: العقود من حيث تكوينها وأثارها

تنقسم العقود بحسب تكوينها إلى رضائية وشكلية وعينية، وبالنظر إلى الأثر المتولد عنها إلى تبخلية أو ملزمة لجانبين، وعقود غير متبادلية أو ملزمة لجانب واحد.

أولاً- العقود الرضائية والشكلية والعينية

1- العقد الرضائي

الأصل في العقود هو الرضائية⁶⁹ - ما لم يقص القانون بعبر ذلك - أي أن العقد يتم بمجرد توافق إرادتيه على إنشائه وعلى حكم المسائل الجوهرية فيه، كيما كانت طريقة هذا التوافق، أي سواء حصص باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بانحط أي موقف أحر يدل عليه.

فالإرادة في هذا النوع من العقود تكفي وحدها لقياسه دون اشتراط شكل أو إجراء ما، غير أن الرضائية لا تعتبر من النظم العام إذ يصرح للأطراف المتعاقدة الاتفاق على إلزام العقد في شكل يحدده⁷⁰ كتدوينه في ورقة رسمية أو عرفية أو وثيقة محررة على دعائه الإلكترونية.

69 الرضائية هي الأصل في العقود والاتفاقات في القانون المدني المغربي ويعتد بها كناية. الإرادة لترتيب الأثر القانوني، حيث يشاء العقد بمجرد توافق إرادة طرفيه دون اشتراط شكلية معينة، وهي تختلف عن مبدأ سلطان الإرادة الذي يكرسه الفصل 230 من ق.ل.ع حيث يطلق بمدى يطلق هذا الأثر الذي تنشكه الإرادة الحرة.

70 وفي هذا الحالة، لابد من استيعاء الشكل المنصوص عليه لاعتقاد العقد، وهو ما ينص عليه الفصل 402 من قانون الالتزامات والعقود بقوله:
"إذا لم يكن العقد خاضعاً لشكل خاص، وتفق عقده صرحاً على أنهما لا يعتبرانه تاماً إلا إذا وقع في شكل معين، فإن الالتزام لا يكون موجوداً إلا إذا حصل في الشكل الذي تفق عليه العقدان".

٢- العقد الشكلي

إن إقرار المشرع المعرسي للشكلي، يعني أن الرضا لا يكفي في جميع العقود والتصرفات القانونية، بل لابد من الشكل الذي أصبحت وسيلة هامة لتدخل الدولة قصد التوجيه والحماية، وصهر الشكلية بالمعاملات، ومن ثم يصطاح على العقود التي تشترط فيها العمليات التي يتطلب الإقدام عليها الكثير من التروي والحيلة.

فالعقد الشكلي إذن، هو العقد الذي يتوقف انعقده، بالإضافة إلى تراضي المتعاقدين الذي لا غنى عنه، على توفر شكل محدد حددته القانون وجعله ركناً لتأمنه، فمثلاً الاتفاقيات وغيرها من الأفعال القانونية، التي يكون من شأنها إنشاء أو نقل أو تعديل أو إنهاء الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم (10.000 درهم)، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرقية، وإذا اقتضى الحال ذلك، أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية⁷¹.

وإذا كان المبيع عقاراً أو حقاً عقارية أو شئاً آخرى يمكن رهها رهناً رسمياً، فإنه ينبغي إجراء البيع كتابة في محرر ثبت التاريخ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون⁷².

71- أنظر الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المحل والمتمم بالقانون رقم 53.05 المتعلق بالتدخل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

72- أنظر الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود.

كذلك متى كان محل عقد الشركة عقارات أو غيرها من الأموال مما يمكن رهنه رهن رسمي ويبرم باستمرار أكثر من ثلاث سنوات سرم تحريره كتابة وتسجيله وفق الشكل المحدد قانوناً⁷³.

والكتابة إذن تعد الشكل الذي ينبغي أن يدرغ فيه الرضى، وهي قد تشترط للانقضاء أو للإثبات، إذ عندما تكون لازمة لوجود العقد فإنها تشكل ركناً من أركانه وبالتالي يترتب على عدم توفرها بطلانه، بخلاف ما لو كانت متصلة للإثبات فحسب، حيث إن استدعاء لا يؤدي إلى بطلانه، وإنما يمكن إثباته بأدلة أخرى.

ومن المعلوم أن السجل الكتبي ينتج من ورقة رسمية أو عريضة أو من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين، وكذلك قوائم الصامسة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب، والقوائم المقبوضة والمنكرات والوثائق الخاصة، أو عن أي شرت أو رموز أخرى ذات دلالة وأصحه كيفما كانت دعائمه وطريقة إرسالها وإذا لم يحدد القانون قواعد أخرى ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبحث في المسارعات المتعلقة بالدليل الكتبي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعمة المستعملة⁷⁴.

73- انظر الفصل 987 من قانون الالتزامات والعقود.

74- بتاريخ 19 جويلية 2015 صدر الظهير الشريف رقم 1515، بتعدي القانون رقم 9 بتعديل الفصل 2-1 من الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1993 بميثاق قانون الالتزامات والعقود - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6344 بتاريخ 19 مارس 2015، من 751- الذي تضمن مادة فريدة تنص على أنه "تغير على النحو التالي أحكام الفصل 2-1 من الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1993 بميثاق قانون الالتزامات والعقود".

فصل 2- : عندما تستلزم الكتابة صحة تصرف قانوني يمكن إعداها وحفظها بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصول 417-1 و 417-2 من القانون.

فالورقة الرسمية هي التي يتلقاها الموظفون العموميون الذين لهم صلاحية التوقيع في كل تحرير العقد وذلك في الشكل الذي يحسده القانون وتكون رسمية أيضاً:

- 1- الأوراق للمحاطب عليها من القضاة في محاكمهم.
- 2- الأحكام الصادرة عن المحاكم المغربية والأجنبية، إذ يمكنه حتى قبل صيرورتها وجبة للتعبئة، أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها.

وعموماً، تكون الورقة الرسمية حجة قاطعة في مواجهة الغير وفي الوقائع والاتفاقات التي يشهد الموظف العمومي الذي حررها بحصولها في محضره، إلى أن يطمس فيها بالزور وكذا في الاتفاقات والشروط الصرمة بين المتعاقدين، وفي الأسباب المذكورة فيها، وفي غير ذلك من الوقائع التي لها اتصال مباشر بجوهر العقد، وفي الأمور التي يثبت الموظف العمومي وقوعها إذا ذكر كيفية وصوله لمعرفة ذلك ما عدا ذلك من البيانات لا يكون له أثر⁷⁵.

لما الورقة التي لا تصحح لأن تكون رسمية بسبب عدم اختصاص أو عدم أهلية الموظف، أو لعيب في الشكل، تشكل محرر عريضا متى كانت تحمل توقيع الأطراف الذين يلزم رضاهم لصحتها.

والتوقيع هو التصيد المادي لإرادة الملتزم الذي يرتكز على صصيرين، أحدهما أن يكون يحط يد الملتزم، والآخر أن يرد في أصل الورقة، وعليه فإن الطابع أو الختم لا يعد بمثابة توقيع، أما بالنسبة للبصمة، فإن المجلس الأعلى قضى سابقا في أحد قراراته⁷⁶ بعدم

75- لنظر الفصل 417 من قانون الأنترامات والعقود المسجل والمعنم بالقانون رقم 53.05 والفصل 418 من قانون الأنترامات والعقود والفقرة 1 من الفصل 419 والفصل 420 منه.

76- لنظر قراره الصادر في 6 مارس 1989. المشروع بمجلة قضاء المجلس الأعلى للعقد 43 سنة 1991 من 55.

اعتبارها توقيعا، ومن ثم لا تترتب صحتها ما دام أن المشرع لم يخصص عليها في إطار القواعد العامة.

وتكون المحرر العرفي المعترف به ممن يقع التمسك به صده أو المعترف قانونيا في حكم المعترف به منه، نفس قوة الدليل التي للورقة الرسمية إزاء كافة الأشخاص، على التعهدات والبيانات التي يتضمنها وذلك في الحدود المقررة قانونا، عدا ما يتعلق بالتاريخ⁷⁷

وبالنسبة لهذا الأخير، يشير إلى أن المحرر العرفي يقوم بليلا على تاريخه بين المتعاقبين ورثتهم وحلفهم الخاص⁷⁸ حينما يعمل كل منه باسم مدينه

غير أنه لا يكون دليلا في مواجهة الغير إلا:

- من يوم تصحبه سواء كان ذلك في المغرب أو في الحرج؛
- من يوم إيداعه بين يدي موظف عمومي؛
- من يوم الورقة أو من يوم العجر للثابت إذا كان الذي وقع على الورقة بصفته متعاقدا أو شاهدا قد توفي أو أصبح عاجز عن الكتابة عجزا بتميا؛

- من يوم التثبير أو المصادقة على الورقة من طرف موظف مساعدون له بذلك أو من أحد قاض سواء في المغرب أو في الخارج؛
- إذا كان التاريخ ناتجا عن لئلة أخرى لها نفس القوة المطعة ..

ويسوغ أن يكون المحرر العرفي مكتوبا بيد غير الشخص الملزم به شريطة أن يكون موقعا منه، أما الملزم نفسه فيتعين عليه أن يوقع بيده في أسفل المحرر، ولا يقوم الطابع أو الحتم مقام التوقيع. وإذا تعلق الأمر بتوقيع إلكتروني مؤمن، فإنه يجب تضمينه في الوثيقة وفق لشروط التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال⁷⁹.

77 - أنظر الفصول 419 و 420 و 423 و 424 من نص القانون

78 - إذا كان الحلف الخاص لا يعمل باسم مدينه، فإنه يعتبر من الغير في حكم

الفصل 425 من ق.ل.ع المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/53.

وفي ظروف صارت فيها البساطة والسرعة في المعاملات من متطلبات العصر الحديث، الذي يعرف زحوا شديدا للتكنولوجيا الجديدة، بدأت الكتاية بشكايها التقليدية تصح المجال للكتاية في شكلها الإلكتروني، وصارت الوثائق والمستندات الورقية تتراجع لتحل محلها المستندات الرقمية المحفوظة على أسطوانات رقمية أو على قرص مدمج مخزنة ونحوها من الدعامات الحديثة.

بل أصبح التوقيع بطريقة إلكترونية يعرض نفسه عوض التوقيع للخطي المألوف، وذلك في إطار إيجار تبادل أو إبرام معاملة أو عقد صفقة، في عالم افتراضي، الذي إلى جانب المزايا التي يوفرها، تحميه العديد من المخاطر ويسر عن طوايف لم تكن معروفة فيما قبل كالجريمة الإلكترونية على سبيل المثال⁷⁹.

وهكذا، اضحت القواعد القانونية المتأصلة في مجال الإثبات تطرح عدة تساؤلات حول مدى تأطيرها للإمكانات الحديثة التي تتيحها التقنيات الرقمية ومدى قابليتها للاندماج بكيفية سليمة في كنف هذه البيئة الجديدة.

وفي هذا السياق، واعتبارا للمكانة المرموقة التي يحتلها الإثبات في كافة الميادين، ونظرا لدخول العالم نظاما جديدا في مجال تكنولوجيا المعلومات وقيام ثورة عالمية في نقل وتبادل المعلومات عبر الأنظمة الإلكترونية وأهمها الأنترنت، وتأثير ذلك على مفهوم الإثبات، فإن الجهد الدولي سعت إلى إيجاد القواعد التي تنظم التجارة وكذلك التوقيع

⁷⁹ انظر الفقرة 2 من الفصل 425 والفصل 426 من قانون الالتزامات والعقود المجلد والمتمم بالقانون رقم 53.05

⁸⁰ راجع الظهير الشريف رقم 107 103 الصادر بتاريخ 11 نونبر 2003 بتعديل القانون رقم 07.03 القاضي بتسييم مجموعة القوانين الجنائية، والمنطبق بالإعلان بسور نظم المعالجة الآتية للمعلومات. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5171 بتاريخ 22 نونبر 2003، ص 4284.

والإثبات في المجال الإلكتروني، وسفرت هذه الجهود عن تبني لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانونين نموذجيين هما:

القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة "UNCITRAL" بموجب القرار رقم 51/162 بتاريخ 16/1/1996 الذي أقر لائحة قسوتة للمسد والتوقيع الإلكتروني.

قاسر الأوبسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة القانون التجاري الدولي لدى الأمم المتحدة في دورتها الرابعة والثلاثون بتاريخ 2001/7/5 لتطبيق الموقع الإلكتروني في سياق العلاقات ذات الطابع التجاري.

ووعيا منه بضرورة تحديث البنية التقليدية لنظام الإثبات المعدي تدخل المشرع المغربي مد عهد غير بعيد، من خلال سن مقتضيات تصب في هذا الاتجاه - لاسيما بالنسبة للسبل الكتابي⁸¹ الذي يستدعي تعزيز التعامل بالنمط الرقمي بدلا من نظيره الورقي، عن طريق

81- وتتعل تلك المقتضيات فيما يلي:

- الفصل 1-2 من الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من قانون الاتراسات والعقود الذي أضيف بالقانون رقم 53.05؛
- بعض فصول من الباب الأول من القسم السابع من نفس الكتاب المتعلقة بالإثبات بالكتابة، وهي الفصل 417 المعدل واعتم بالقانون رقم 53.05 والفصول 417-1 و 417-2 و 417-3 التي ضيفت بموجب هذا الأخير. والفصول 425 و 426 و 440 كما صلب وتمت بالقانون رقم 53.05 التي سوف نتطرق إليها ضمن هذا الحيز من الدراسة؛
- الفصل 443 المعدل واعتم نفس القانون الذي تسهل به المشرع الإثبات بشهادة الشهود؛
- الفصول من 6 إلى 11 التي أعرفها القانون رقم 53 05 للتوقيع الإلكتروني، والفصول من 15 إلى 28 حث التي تطرق طويلا إلى المصافحة على التوقيع الإلكتروني.

الاعتراف بالقيمة القانونية للكتابة الإلكترونية، وبالتوقيع الإلكتروني مع شروط تأمينه والمصادقة عليه.

وقياما على الدليل الكتابي الورقي، فإن الدليل الكتابي المعد شكلا إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، ينتج عن وثيقة⁸² رسمية أو عرقية.

وفي هذا الصدد ينص الفصل 417 للمعدل والمتم بالقرور رقم 53.05 على أن:

"الدليل الكتابي يسج من ورقة رسمية أو عرقية، ويمكن أن ينتج أيضا من المراسلات والبرقيات ودفاتر الطرفين وكذلك قوائم السمسرة الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب والفواتير المقبولة والمسكوكات

82- تنص المادة 2 من قانون الأوبنترال النموجي لسنة 2001 في تعريفها للتوقيع الإلكتروني على أنه:

"بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضاعفة إليها مرتبطة بها سطر، يجوز أن تستخدم لتحديد هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات وليس موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات".

وعليه، فإن للتوقيع الإلكتروني يقوم بوظفتين، هما: تحديد هوية صاحب التوقيع والتعبير عن رضى الشخص بمضمون السند وموافقة عليه، واتجاه إبرائه إلى الأتراء بمضمونه".

83- صحيح أن المشرع لم يعمل في عدد من فصول القانون رقم 53.05 لفظ "الوثيقة" إلا أنه لم يعط تعريفا لها، لكن بالرجوع مثلا إلى الفقرة (د) من الفصل الأول من الظهير الشريف رقم 1 00 222 الصادر في 5 يونيو 2000 بتنفيذ القانون رقم 99.02 للمعيرة والمنظمة بموجب مدونة الجمالك والصراف غير المعبرة المصالح عليها بالظهير الشريف بمثابة قانون رقم 177.399 بتاريخ 9 أكتوبر 1977، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4804 بتاريخ 15 يونيو 2000، ص 1652- يعرف المشرع الوثيقة (المحرر) بأنها "كل حامل يتضمن مجموعة من المعطيات أو المعلومات كيف كانت نوعية الطريقة التقنية المستخدمة، مثل الورقة والامسرة الممسة والامسولات اللينة والأفلام الحقيقية".

وعلى العموم، فإن الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني، هي عبارة عن بيانات أو رموز ذات دلالة وصحة كيميائية كانت دعائمتها وطريقة إرسالها على أن يكون بالمستطاع التعرف بصحة قانونية على من صخرت عنه.

والوثائق الخاصة، أو عن أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعمتها وطريقة إرسالها. إذا لم يحدد القانون موعد آخرى، ولم تكن هناك اتفاقية صحيحة بين الأطراف، قامت المحكمة بالبت في المصارعات المتعلقة بالدليل الكتابي بجميع الوسائل وكيفما كانت الدعامة المستعملة.

وسواء كانت الوثيقة رسمية أو عرفية، فإنها تتمتع بقوة الإثبات التي للورقة العادية⁸⁴ شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بمعة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وأن تكون معقدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان مصحتها واستحيز آخر، فإنه لا بد من أن يكون بالإمكان تحديد شخصية مصدر الوثيقة، وأن يتم إنشاؤها بشكل يصح سلامتها، ثم أن يتم حفظها على نحو يصح سلامتها.

ومن أجل إضفاء الصبغة الرسمية على الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني، يجب أن يثبت فيها موظف عام له صلاحية التوثيق بطريقة إلكترونية، ما تم على يده أو ما تلقاه من ذوي الشئ طبعا للأصاح القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه⁸⁵.

والحدير بالملاحظة أن التعامل في الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني يتعامل مع جهة وليس مع شخص، ومن ثم فإن هذه الجهة تقوم بإصدار شهادات لها صبة الرسمية تكونها صادره عنه بوصفها شخصية اعتبارية محصنة موصدة ورمدا ومكافأ، مما يعني أن

84- وهو ما يؤكد صراحة الفصل 1-4، الذي أضيف بالقانون رقم 5305 بقوله في الفقرة 1 منه:

"تتمتع الوثيقة المحررة على دعمية إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق"

85- وهو نفس التعريف الذي تبناه القانون رقم 5305 بطريقة غير مباشرة من خلال الفقرة 2 من الفصل 2-417

تصبح الوثيقة رسمية إذا وضع لتوقيع المذكور عليها اسم موظف صومي له صلاحية التوثيق."

الشهادات الصادرة من مقدمي خدمات المصادقة يجب أن تكون محررة لشخص معين ولفترة زمنية معينة⁸⁶.

وتكون الوثيقة المعدة بشكل إلكتروني أو الموجهة بطريق إلكترونية صفة الوثيقة العرفية، إذا كان بالإمكان التعرف بكيفية دسمة على الشخص الذي صدرت عنه، ومعدة ومحفوظة وفق شروط تضمن تمامتها⁸⁷ وأن تحمل توقيعاً يتيح التعرف على الشخص الموقع وبعبارة عن قوته بالترميزات الناتجة عنها، على أن يكون هذا التوقيع مؤمناً⁸⁸ وأن تكيل بتاريخ ثابت

وتعتبر الوثيقة العرفية المحررة بشكل إلكتروني دليلاً على تاريخها بين المتعاقدين وورثتهم وحائهم الحاضر حين يعمل كل واحد منهم باسم مدينه، ولا تكون دليلاً على تاريخها في مواجهة الغير، إلا إذا كان التاريخ ناتجاً عن التوقيع الإلكتروني المؤمن الذي يعرف بالوثيقة وبموقعها وفق التوقيع الجاري به العمل

وإذا كانت الكتلة تحوز في الورقة العرفية للعائنة بحد غير الشخص الملزم بها، شريطة أن تكون موقعة منه - أي من الملزم

86- انظر الفقرة 2 من الفصل 2-417 للمصنف بالتفون رقم 53.05 والفقرة 1 من الفصل 419 من ق.ل.ع.

87- الفقرة 2 من الفصل 1-417 للمصنف بالتفون رقم 53.05.

88- يكون التوقيع الإلكتروني باستعمال وسيلة تعريف موزون بها تضمن ارتباطه بقويته المتصلة به وتتمثل الوسيلة المذكورة في المعطيات أو البرمجيات أو عناصر وكذا الإجراءات الملائمة التي من شأنها أن تؤمن المعروفة من الاستعمالات والحفاظ على غير المشروعه وتضمن حتمية وسريتها

وثيقة التوقيع الإلكتروني مؤمناً إذا تم إشراكه وكفقت هوية الموقع مؤكدة وتامة للسجل، ولا يحد به كقولهم الإلكتروني مؤمن (لا إذا استوفى الشروط المخصوصة عنها في المادة 6 من القانون رقم 53.05

انظر الفقرة 3 من الفصل 2-417 للمصنف بالتفون رقم 53.05 وللمقتضى 8 و 9 منه والفقرة 2 من الفصل 1-417 للمصنف بالتفون

نفسه - وإن يرد في أسفل الورقة فإنه إذا تعلق الأمر بتوقيع الكتروني
مؤمن رجب، تصميجه في الوثيقة وفق الشروط المحددة في النصوص
التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال⁸⁹

وللاشارة، فإن النسخ التي تؤخذ عن أصول الوثائق الرسمية
وكذلك العرفية، تتمتع هي الأخرى بنفس قوة الإثبات التي لأصولها
مربطة أن يشهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون المختصون بذلك في
البلاد التي أحدث فيها النسخ، الشيء الذي يقضي به الفصل 440 المعدل
والمتنم بالقانون رقم 53.05 حيث نص على ما يلي:
"النسخ المأخوذة عن أصول الوثائق الرسمية والوثائق العرفية لها نفس
قوة الإثبات التي لأصولها، إذا شهد بمطابقتها لها الموظفون الرسميون
المختصون بذلك في البلاد التي أحدث فيها النسخ. ويسري نفس الحكم
على النسخ المأخوذة عن أصول بالتصوير الفوتوغرافي.
تقبل للإثبات نسخ الوثيقة القانونية المعدة بشكل إلكتروني، متى كانت
لوثيقة مستوفية بشروط المشار إليها في الفصولين 417-2 و 417-4
وكانت وسيلة حفظ الوثيقة تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منها أو
الولوج إليها".

3- الحق العيني

إن العقد العيني ليس، لا مطهرا مخففا من العقد الشكلي، بحيث
أدى إليه تطور القانون الروماني ومنبعه نحو التحرر من الأوساع
الشكلية التي كانت تسوده، وذلك بقبول الاكتفاء في بعض العقود بتسليم
الشيء موضوعها، وانتقل منه إلى القانون الفرنسي، ومن ههنا الأخير
إلى القوانين التي استلقت أحكامها منه؛ وعلى الرغم من الانتقادات التي
وجهها إليه الفقه المعاصر، باعتباره من أنواع العقود التي تنتمي إلى

89- انظر لفقرتان 1 و 3 من الفصل 2-417 والفصل 3-417 المضاف بالقانون رقم
53.05. والبيد 6 من الفقرة 1 من الفصل 425 والفقرات 1 و 2 و 3 من الفصل 426
المعدل والمتنم بالقانون رقم 53.05.

القانون الروماني، فإنه ما يزال حاضرا في التشريعات العينية الحديثة منها قانون الالتزامات والعقود المغربي الذي احتضن لمعالجة مس كالدبغة⁹⁰ والعارية⁹¹ والرهن الحيازي⁹².

ويتميز العقد العيني، بكونه يقتضي تسليم الشيء المعقود عليه من أحد المتعاقدين إلى الآخر، علاوة على ارتكازه على الرضى. والتسليم هنا يعد ركنا إضافيا ضروريا لقيام العقد - مثلما هو الأمر بالنسبة للشكل في العقد الشكلي - وبالتالي يجب عدم خلطه بالتسليم كالتزم في بعض العقود⁹³ علما أنه يصح للمتعاقدين الاتفاق على حب عقد رضائي، عقدا عيبيا لا يتم إلا بتسليم المعقود عليه من أحدهما إلى الآخر.

ثانيا- العقود التبادلية وغير التبادلية

1- تقابل الالتزامات في العقود التبادلية

ينشئ العقد التبادلي منذ تكوينه التزامات متقابلة في دمة طرفيه معا إذ يكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر، بعكس للعقد غير التبادلي

90- فريضة عقد بمقتضاء يسلم شخص شيئا منقولا إلى شخص آخر يلتزم بحفظه ورده بعينه.

91- عارية الاستعمال عقد بمقتضاء يسلم أحد طرفيه للآخر شيئا لكي يستعمله خلال أجل معين أو في عرض محدد على أن يرده بعينه. أما عارية الاستهلاك أو القرض، فهي عقد بمقتضاء يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو أشياء منقولة أخرى لاستعمالها.

92- الرهن الحيازي عقد بمقتضاء يخصص المدين أو أحد من الغير يحصل لصاحبه، شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا مضمونا لمسار الالتزام. وهو يسمح للدائن حق استيفاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يفل له وريدة على ذلك بتسليم الشيء المرهون فعلا إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه المعلقون.

93- كحد البيع مثلا حيث يلتزم بفتح بتسليم الشيء المبيع وكذا بصمته.

الذي يولد التزامات لأحدهما دون الآخر فيكون دائما غير مدين ويكون
ثلاثي مديدا غير دائن؛ وعلى هذا الأساس، فإن وجه الفرق بين العقدين
يكمن في عنصر التقابل في الالتزامات للموجود في الأول دون الثاني
الشيء الذي تفتح عنه آثار قانونية مهمة.

وعلاقة بالموضوع، يذهب أحد رجال الفقه القانوني، إلى أنه لا
توجد عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لأحدهما فقط، وإنما
هما مصطلحين يعبران عن لحظتين مختلفتين في حياة نفس العقد أكثر
مما يعبران عن عقدين مختلفين⁹⁴.

2- آثار تقابل الالتزامات في العقود التبادلية

يمكن إعمال الآثار الأساسية لواجبة عن عنصر التقابل في
الالتزامات الذي يتميز به العقد التبادلي في، جوهر ممارسة الدفع بعدم
التنفيذ، وإمكانية إقامة دعوى الفسخ، ثم إلغاء تبعة استحالة التنفيذ على
المدين بالالتزام:

فالدفع بعدم التنفيذ وسيلة يتملح بها أحد طرفي العقد وذلك
بامتناعه عن تنفيذ التزاماته مع بقاء العقد قائما - لحمل الطرف الآخر
على الوفاء بالتزاماته المقابلة، وهو لا يتصور في العقد الملزم لجانب
واحد، لأن الدائن ليس عليه أي التزام حتى يستع عن تنفيذه أو يدفع
صده بعدم التنفيذ.

وبتعبير آخر، فإن الدفع بعدم التنفيذ يعد وسيلة لدعوة تـربط
بالحقود التبادلية، وبطرا لأهميته فقد أحسنت به معظم التشريعات
المعاصرة ودرجته ضمن قوانينها المدنية، منها قانون الالتزامات
والعقود المغربي الذي نص عليه⁹⁵ بقوله:

Roger Houin la distinction des contrats synallagmatiques et
unilatéraux . Edition 1937 .P 204

-94-

-95- في الفصل 235 منه.

"في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يستمتع عن التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكسب أحدهما ملتزماً حسب الاتفاق أو العرف، بأن يتفاد نصيبه من الالتزام لولا.

عندما يكون التنفيذ واجبا لصالح عدة أشخاص، يجوز للمدين أن يستمتع عن أداء ما يجب عليه لأي واحد منهم، إلى أن يقع الأداء بالكامل لمسا يستحقه من التزام مقبل".

ويعني الدفع بعدم التنفيذ أن للمتعاقد الحق في الامتناع عن تنفيذ التزامه تجاه الطرف الآخر حتى يقوم هذا الأخير بتنفيذ ما التزم به إزاء الطرف الأول؛ وهو يتميز بمجموعة من الخصائص، منها أن ممارستها تتم بطريقة تلقائية دون حاجة للتنفيذ بالإجراءات القضائية، كما أنه حق مقرر بموجب نص قانوني.

وتتلخص العبة من الدفع بعدم التنفيذ في الضغط على المتعاقد لامتناع عن تنفيذ التزاماته، أي أنه لا يروم إنهاء العلاقة العقدية بل تجميدها فقط إلى أن يفي هذا الأخير بما تعهد به بمقتضى العقد.

ولكن يكون التمسك بالدفع بعدم التنفيذ مقبولا من صاحبة القانونية يعني أن يكون العقد من صنف العقود الملزمة للجانبين، وأن تكون الالتزامات المتبادلة معه - العقد - ثنائية ومستحقة الأداء، وعندئذ فإن آثاره تشمل ريادة على أطراف العقد، للغير الذي ارتبط بهم بموجب علاقات قانونية سابقة كالحلف العلم والحسن وباقي الذاتيين الآخرين

ومن أجله اتفق قضاء في هذا المصالح.

- قرار المجلس الأعلى رقم 395 الصادر عن الفرقة المدنية في الملف المدني عدد 88.1792 بتاريخ 8 فبراير 1995. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 47. ديسمبر سنة 1995. ص 31

- قرار المجلس الأعلى رقم 323 الصادر عن الفرقة المدنية في الملف المدني عدد 84.592 بتاريخ 16 فبراير 1983 المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى. قلمة المدنية. الجزء الثاني 1983 1991. ص 54.

إلا أنه بالنسبة للغير، يجب لسريان هذا الأثر أن يكون حقه ناشئا في الفترة اللاحقة لإثارة الدفع بعدم التنفيذ، وإلا فإنها لا تمتد إليه احتراماً للحقوق المكتسبة من لدن الغير حسن نية.

والجدير بالذكر، أن مبدأ حسن نية - الذي استطاع أن يفسد في العقود في القوانين المدنية الحديثة، لاسيما عند تحديد مصمومها وتعيين كيفية تنفيذها - أصبح من الالتزامات التي لها شأن كبير وأسط مثل على ذلك، اتراجه في العقود كالمشاركة والبيع والإيجار والوكالة وغيرها، وأخذ يحوز الاعتبار في منح المدين مهلة الميعودة، بل إن الارتفاع به إلى مصاف الشروط الأساسية للمعد يعني عن الجوء إلى نظرية العسر والعين والتدليس والاستغلال، وما في منها من النظريات التي نجد أساسها في هذا المبدأ للحلقة، الذي كرمه المشرع في قانون الموضوع⁹⁶ وكذا في قانون الشكل⁹⁷.

وما دام حسن وسوء نية مماثلة تدخل في عالم العسر والصميم، فإن محكمة النقض تترك تكييفها لسلطة قضى الموضوع التقديرية دون رقابة عليه في ذلك من لدنهما.

وفيما يخص الفسخ، فمناطه هو حل العقد كنتيجة لعدم تنفيذه، ومن ثم فإنه يختلف عن الجراءات المدنية الأخرى التي ترتبط بمرحلة تكوين العقد - كالإبطال والبطالان وعدم الوجود - نظراً لعدم استكمال عناصر تكوينه وكذا عن المسؤولية العقدية التي تعد بمثابة أثر من الآثار التي تنمض عن الإخلال بالالتزامات العقدية بصورة عامة.

⁹⁶ - في الفصل 477 من ق.ن.ع الذي جاء فيه أن:

"حسن نية يفترض دائماً ما دام العكس لم يثبت" وكذا في فصول أخرى كالفصل 82 و 103 و 231 منه.

⁹⁷ - في الفصل 5 منه ذاعياً إلى أنه: "يجب على كل متقاض ممارسة حقوقه طبقاً لقواعد حسن النية" تحت طائلة المعاملة عن الضرر الذي قد يلحق المرء من جراء كل تصرف كيدي أو تكليفي في مجمل التقاضي.

ولذا كان الدفع بعدم التنفيذ يشكل وسيلة دفاعية قوامها حمل - على الوفاء بالتزاماته، فإن الفسخ بمختلف أنواعه يعد طريقاً محجوراً - العرض منه هو حل العلاقة التعاقدية لامتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ وإعادة أطرافها إلى الحالة التي كانت عليها قبل التعاقد.

وهو من حيث أنواعه، قد يكون إما فصلياً أو قابوياً أو تعاقبياً والفسخ الفصلي هو قاعدة الأساس في مجال تحليل العقود. فالتسليم لمعظم حالات الفسخ تتم عن طريق القضاء، وقد أشار إليه المشرع في قانون الالتزامات والعقود⁹⁸ قائلا:

"إذا كان للدين في حالة مطل، كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام ما دام تنفيذه ممكناً، فإن لم يكن ممكناً، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين.

إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب ما يتقيد العقد بالنسبة إلى الجزء الذي ما زال ممكناً، وإما فسحه وذلك مع التعويض في الحالتين ..

لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة".

لما أفسخ القانوني أو ما يسمى أيضاً بالانقضاء، فلا يتقرر إلا عند ثبوت الأسباب الموجبة له وأبرزها استحالة تنفيذ الالتزام بسبب أجنبي لا يد للعين فيه كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن أو الغير، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد في قانون الالتزامات والعقود⁹⁹ من أنه:

⁹⁸ - في الفروع 1 و 2 و 4 من الفصل 259 منه.

ومن ضمن التطبيقات التفصيلية لهذا النص:

- قرار المجلس الأعلى رقم 129 الصادر في الثالث من ذي القعدة 1392. 73 بتاريخ 25 فبراير 1981. المنشور بمجموعه قرارات المجلس الأعلى. المائدة المدنية الجزء الأول: 1966-1982 ص 684

- قرار المجلس الأعلى رقم 1036 الصادر في الثامن من ذي القعدة 1392. 441 بتاريخ 25 ماي 1983. المنشور بمجلة المحاماة العدد 26 غشت 1987 ص 61

⁹⁹ وتلخص على وجه التمهيد الفصل 659 منه.

"إذا ملكك لعب المكثرة أو تعيب أو تغيرت كلها أو حزنياً بحيث أصبحت غير صالحة للاستعمال في العرض لأي أكثرية من أحده وبذلك دون خطأ أي واحد من الممتلئين، فإن عند الكراء ينسخ، من غير أن يكون لأحدهما على الآخر أي حق في التعويض، ولا يلزم لمكتري من الكراء إلا بغفر انتفاعه وكل شرط بحال ذلك يكون عديم الأثر".

ويضاف إلى الفسخ والانصاخ، المصح الاتفاقي الذي كما نزل عليه مسميته بقرار باتفاق الأطراف على إخراج شرط فسخ صريح في العقد ذلك لاتفاق الذي ألمح إليه المشرع¹⁰⁰ ذهبا إلى أنه "إذا تفق الممتلئ على أن العقد يفسخ عند عدم وفاء أحدهما بالتزاماته، وقع الفسخ بقوة القرار بمجرد عدم الوفاء".

وبذا كان الفسخ لاتفاقي يحصل بنراضي الأطراف عليه، فإنه مع ذلك لا يغني عن رفع دعوى الفسخ ولا عن توجيه الدار للمدين، الشيء الذي يميزه عن الانصاخ الذي يثبت بكيفية تلقائية ودون رفع دعوى أمام القضاء، هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإنه لم يقرر الفسخ القضائي أو الفسخ القانوني، تتحل تبعاً لذلك العلاقة المتعلقة، مما يترتب عليه إعاد الأضرار إلى وضعية ما قبل التعاقد إن كان ذلك ممكناً، وإلا فإن للمحكمة استناداً إلى ما يتمتع به من سلطة تقديرية، أن تحكم بالتعويض أو باستبدال الشيء محل التعاقد بأخر إن كان به ما يقبله في السوق. وغني عن البيان، أنه يصعب تصور مثل هذا الأثر بالنسبة لعقود العدة أو العقود الزمنية أو العقود المستمرة التي تنبئ في إنتاج أثرها على الاستمرارية، لذا فإن أثر المصح تنجر إلى المستحيل.

أما بالنسبة لتبعة سحابة التنفيذ، فإنه إذا استحل التنفيذ لسبب أجنبي، أي دون خطأ من أحد الطرفين في العقد التبادلي، فإن هذا الالتزام ينقضي، وينقضي الالتزام العقلي له، وبالتالي فإن تبعة

لاستحالة تقع على المدين بالالتزام الذي استحل تنفيذه، والذي لا يحق له مطالبة الطرف الآخر بشيء¹⁰¹ بينما يتحمل تيممة الاستحالة في العقد غير المتبادلي، ليس المتعاقد الذي استحل تنفيذه للالتزام، وإنما للطرف الآخر صاحب الحق الذي يصيب حقه:

ففي البيع مثلاً، إذا هنك المبيع بعض قوة قاهرة، فإن البائع يتحمل من الالتزام بفشل الملكة إلى المشتري وبالتالي لا يجوز له مطالبة هذا الأخير بالتسليم؛ وفي القديعة بعير أجر يتحمل تيممة هلاك الشيء المودع وهو في حيازة المودع عنده، المودع، ويعفى المودع عنده من التمسك برد الشيء، ما لم يكن معاصلاً في الرد أو له دخل في الهلاك¹⁰².

وهكذا، نحصل إلى من العقد المتبادلي -بحكم لونه- تكويده على عصر تقبل الالتزامات- يسمح بتطبيق الدفع بعدم التنفيذ، ورفع دعوى التصحیح، بأهيك عن أن تيممة لاستحالة للتنفيذ تقع على المدين بالالتزام فيه خلافاً للعقد غير المتبادلي أو العقد المارم لجانب واحد تلك العقد الذي يجب عدم خلطه بالتصرف العنوني الصادر من جانب واحد، أو ما يسمى بتصرف الإرادة المعردة، لأن عبارة من جانب واحد لما نطلق

101- وهو ما يستتبع من الفصل 338 الذي ينص على أنه:

"إذا كان عدم تنفيذه الالتزام واجباً إلى سبب خارج عن إرادة المتعاقدين، ويدون أن يكون لمدين في حقة مصدر، يرتب تيممة هذا الأخير، ولكن لا يكون له الحق في أن يطلب إعادته ما كان مستحقاً على الطرف الآخر

فإن كان الطرف الآخر قد أدى فعلاً للالتزام، كان له الحق في استرداد ما أودع كلاً أو جزءاً من الأحوال، باعتبار أنه غير مستحق".

102- في هذا المعنى انظر الفصل 808 من القانون المدني لا ينص:

لولا الهلاك أو التسبب الحاصل بفعل الطبيعة أو نتيجة عيب في الأشياء المودعة أو بسبب إهمال المودع.

ثالثاً: حالات القوة القاهرة أو الحوادث القمقي، ما لم يكن معاصلاً في رد القديعة أو ما لم تكن القوة القاهرة قد تسببت بخلطه أو بخلط الأشخاص الذين يسأل عنهم ويتحمل عيبه ثبوت القوة القاهرة أو ثبوت عيب الأشياء المودعة، فإذا كان واحد من القديعة، أو إذا كان قد تسلم القديعة بحكم مهنته أو وظيفته.

على عقد، فإنه تنص بآثاره لا بتكوينه، نظراً لأنه ينشأ بتوافق إرادتين أو أكثر، إلا أنه يولد التزامات في ذمة أحد المتعاقدين دون الآخر، وفي حين أن العمل القانوني الانفرادي ينشأ بزيادة شخص واحد من غير أن يتوقف في ترتيب آثاره على إرادة أخرى، كما في الوعد بجائزة للموجه إلى الجمهور¹⁰³.

المصرة الثانية: العقود من حيث تحديد الالتزامات ودور الزمن فيها

تفرع للعقد نوعا لمدى إمكانية تعيين التزامات كل متعاقد فيها إنشاء للعقد، إلى محددة القيمة واحتمالية، وبحسب ما إذا كان الزمن لم لا دور أساسي فيه إلى مستمرة وفورية.

أولاً- العقود المحددة والاحتمالية

إن كل عقد يكون محدود المدة حدد إرادته أن يتبين قيمة الالتزامات المنخفضة عنه، أي يعرف مقدراً يعطي وما بأحد، يسمى عندها محدد القيمة

ويكون احتمالية لو عقد غرر¹⁰⁴ العقد الذي لا يتحدد وقت انعقاده الالتزامات التي يربطها كلها أو بعضها وإنما يتوقف على عوامل مستقبلية

¹⁰³ لأحد فكرة عن الإرادة المنفردة، انظر:

إدريس الحلوي العبدلاري، شرح قانون المدني للبطرية لعامه بالتزام الجزء الثاني الإزادة للمنفردة، الإثراء بلا سبب، المسؤولية لتفسيرية القانون الطبيعة الأولى، سنة 2000، من ص 7 إلى ص 39.

104- الغرر هو الاحتمال، وتتمثل أنواعه فيما يلي:

- 1- غرر في الوجود كبيع المعلوم وبيع شيء لم يخلق بعد.
- 2- غرر في الحصول كبيع ما لم يقسم.
- 3- غرر في المقدار كبيع رمية فأسك.
- 4- غرر في الجنس كبيع سلعة لم تحدد.
- 5- غرر في الصفة كبيع أرز لم تحدد صفة.

أو بالأحرى على حالت غير محقق¹⁰⁵ أي على واقعة يكسرها من مقدار الالتزام رهبا بتحقيقها بحيث من شأنها أن تزيد أو تنقص¹⁰⁶ وهكذا يعتبر احتمال الريح والحصارة لكل من الطرفين لمراعاة جوهره في هذا النوع من العقود لأن ما يسفر عنه الاحتمال هو الذي يحصل منه الأداء الواجب في العقد.

ومن العقود الاحتمالية أو عقود الخرز، عقود المقامرة والمراهبة التي قرر المشرع بطلانها بقوة القانون بقوله¹⁰⁶ :
"كل التزام سببه بين المقامرة أو المراهبة يكون باطلا بقوة القانون" غير أنه سنتى¹⁰⁷ تلعب والمراهبة على سباق الأشخاص وسباق الخيل أو على لرماية أو على المباركة التي تجري على الماء أو على غير ذلك من الأمور التي تتعلق بالمهارة والرواية وذلك بشرط: أولاً: ألا تنحصر المراهبة من أحد المتنازعين للآخر. ثانياً: ألا تنحصر المراهبة بين المقترحين بعضهم مع بعض."

وينبغي على تقسيم العقود إلى محددة القيمة وغير محددة القيمة وعضائية، أنه في الأولى يمكن إنشاء إبرامها تحديد قيمة التزامات كل متعاقد، مما يسهل في الكشف عن مدى التطواء التصرف على عدم

- 6- غرر في لومى كبيع مؤجل لم يحدد فيه موعد تسليم المبيع أو الثمن.
- 7- غرر في لومى كبيع م يحدد فيه مكان التسليم.
- 8- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 9- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 10- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 11- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 12- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 13- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 14- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 15- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 16- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 17- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 18- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 19- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 20- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 21- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 22- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 23- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 24- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 25- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 26- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 27- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 28- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 29- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 30- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 31- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 32- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 33- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 34- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 35- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 36- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 37- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 38- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 39- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 40- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 41- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 42- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 43- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 44- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 45- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 46- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 47- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 48- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 49- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 50- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 51- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 52- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 53- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 54- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 55- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 56- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 57- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 58- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 59- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 60- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 61- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 62- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 63- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 64- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 65- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 66- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 67- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 68- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 69- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 70- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 71- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 72- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 73- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 74- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 75- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 76- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 77- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 78- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 79- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 80- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 81- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 82- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 83- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 84- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 85- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 86- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 87- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 88- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 89- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 90- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 91- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 92- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 93- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 94- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 95- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 96- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 97- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 98- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 99- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 100- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 101- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 102- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 103- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 104- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 105- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 106- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.
- 107- غرر في لومى كبيع ثوب من ثوبين مختلفين.

التعامل في الالتزامات، أي على من لا، أم في الثانية فيتعدى ذلك
م. ثم أنه لا يمكن فيها تقليل هذه الأخيرة منذ البداية.

د. المدة الزمنية والمستمرة

د. دور الزمن في شكل من العقد المبرور والمستمر

من الملاحظ بالنسبة للعقد المبرور أنه لا يكون للرهن دخل في
تحديد مدته، بل يزدى من الالتزامات المتولدة عنه، وإن كان له دخل في
تحديد أجل تنفيذه، بمعنى أنه ينتج آثاره القانونية لحظة إبرامه، وقد
يأخر التنفيذ إلى أجل لاحق، دون أن يشكل الرهن عنصر أصليا فيه
ومن ثم، ففي الخصية الأساسية للعقد المبرور هي كونه يستند كل آثاره
مرة واحدة ولا يعتمد على الزمن الذي قد يتخلله كعامل عرضي باتفاق
صريح، وعندئذ لا يولد به سوى نقل التنفيذ من وقت انعقاد العقد إلى
وقت لاحق.

وتعتبر العقد المستمر بأن المعقود عليه فيه يكون منفعة أو عملا
ويكون للرهن دور حاسم ليس لحساب في تكوينه، ولكن أيضا في ترتيب
آثاره، وهكذا يصيق أو يتسع نطاق الالتزامات تبعاً لفصل أو طول المدة
التي ينفذ خلالها العقد.

والجدير بالذكر، أن للرهن يكون عنصراً جوهرياً في الالتزامات التي
تمتد بطبيعتها في الزمان بحيث لا تتصور دون فكرة المدة، لاسيما وأن
الانتفاع بالشيء لا يقصر إلا بهاء والالتزامات التي هي من هذا القبيل
تسم بالاستمرارية وبالتالي ينبغي أن يزدى هي كل لحظة طول المدة
المنفق عليها دون انقطاع¹⁰⁴.

104- إذا كان محل العقد بطبيعته مما لا يدخل الرهن في تحديده فإن للطرفين مع
ذلك الاتفاق على تكرار هذا المحل بتجديد الرهن مدة ما، فيغدو هذا الأخير عنصراً
جوهرياً في تحديد محل العقد الذي يلقب من فوري إلى مستمر.
- ليريس الطولي العبدلاري، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية
العقد، مرجع سبق، المصنفات: 146 و 147 و 149.

2- أوجه الاختلاف بين العقد الفوري والمستمر¹⁰⁹

إن الزمن يؤثر في العقد المستمر كما رأينا لأنه عنصر جوهري فيه بعكس العقد الفوري، وإذا كان هذا هو جانب لاختلاف الرئيسي بينهما، فإن ثمة فوارق أخرى يبرز تنافسهما، نموق منها ما يلي:

إن فسخ العقد الفوري يؤدي إلى رواله بأنز رجعي كمبدأ عام واعتباره كمن لم يكن، وإعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كنا عليها قبل إبرامه، واسترداد كل منهما ما دفعه تعديدا له.

إلا أن هذا الاجراء الأخير قد لا يكون ممكنا في بعض الحالات، الأمر الذي يحل للمحكمة - استنادا إلى ما تمنع به من ملحة تقديرية - تحكم بالنعوض المناسب لقيمة الشيء الذي تعذر استرداده؛ ولا يسري هذا الحكم على العقد المستمر الذي يحصر أثر الصرخ في إنجته بالنسبة إلى المستقبل، نظر أن هذا الصنف من العقود يتطلب نوعا من الاستثمارية لإنتاج آثار، خصوصا وأن طبيعته تقوم على استهلاك المرافق والاحتمات بكيفية متعاقبة، مما يصعب معه إرجاع الأطراف إلى وصعية ما قبل التعاقد.

كذلك، فإن وقف تنفيذ العقد الفوري لا يلاثر في مقداره ما يؤدي من الالتزامات القائمة عنه، لأنه لا يحد من يكون سوى إرجاء لأنجتها فصعب، بينما يترتب على وقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة - إما برضى عاقديه أو بسبب اجسبي لا يد لهما فيه - نقصان ما يؤدي من التزام بالموازاة مع مدة الوقف¹¹⁰.

109 - بالنسبة للعقد الفوري والعقد المستمر بما في ذلك لوحده الاختلاف بينهما أنظر:

- إدريس الطوي لمدلاوي، شرح الفنون لعنبي النظرية العامة للالتزام بحرية للعقد، مرجع سبق من ص 143 إلى ص 151

- عبد القادر المرعاري، نص المرجع السابق، من ص 34 إلى ص 36.

110 - عبد القادر المرعاري، مرجع سبق، ص 35 ومن 36.

هذا، فضلا عن أنه يمكن تعديل لالتزامات التعاقدية لحسب ظروف طارئة، لكن على الرغم من المسحة الدينية والخلقية التي سعم بها هذه النظرية، فإن التشريعات المدنية المشبعة بالروح الفردية رفضت لتسليم بها وإبخالها إلى دائرتها بيد أن للتدفع الوحيدة التي شهدها العالم عقب لحربين العالميتين على الصعيد الاجتماعي والاقتصادي، جعلت العديد من هذه التشريعات يقر للنظرية، التي تصف المعتقد الذي اختل ثوارر عقده الاقتصادي وتستجيب بالتالي لحاجة ملحة تقضيها العدالة.

ولما كانت نظرية الظروف الطارئة بمعناها هذا تشكل منخلا لتحكم القاضي وسيا رفع الحجر عنه في تعديل العقود، فإن التقنيات الأحدة بها ابت إلا أن تحيضا بمجموعة من الشروط، وأن تضع لها نوعا من الجزاء، وترتب عليها أثرا يختلف بطبيعته من تقنين إلى آخر.

ومما تحذر الإشارة إليه، أن بعض الأحكام التي تنظم العلاقات التعاقدية في شرائع العصور القديمة، تنبئ عن وجود تصيقات للنظرية كما كرسها الكسبيون وأقامو قواعدها على العدالة، وأخذ بها أئمة الفقه الإسلامي وطبقوها في أوسع نطاق لاسيما في عقود الإيجار. وشغل رجال الفقه في العصور الحديثة خاصة وأنها تعطي للقاضي مكنة تعديل أو صخ العقد، ناهيك عن أن جل التشريعات حرصت على احترام مبدأ سلطان الإرادة فيما لا يخالف النظم العام والآداب العامة.

وإذا كانت هذه النظرية قد لاقت صدرا رحبا في محيط القائلون الدولي العام، وشطت في حقل القانون الإداري والقضاء الإداري، فإن أمرها ليس كذلك في القانون للحص وعلى وجه التحديد في القانون المدني، إذ رفضتها غالبية الفقه ونشبت القضاء في مجمل اجتهاداته

- جريس لمري العبدلوي، شرح للقانون المحلي: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 149 وص 150.

وقراراته بأذهاب قاعدة العقد شريعة المتعاقبين، بينما تقيست مواقف التشريعات لإزاءه:

فإذا كانت مدونة نابليون لسنة 1804، مثلاً، تعتبر معلمة تشريعية تتميز بمناصرتها للمذاهب السرائلية والدرعيات الفردانية، فلا عجب أن يكون التشريع العربي نموذجاً بارزاً للفوانين الرائدة في احترام مبدأ سلطان الإرادة ومعاداة نظرية الظروف الطارئة.

غير أن إلهامات الحريين العالميتين ومخالفتهما وحيمة المذاهب الاشتراكية، جعلت المشرع العربي يضطر إلى مس مجموعة من القوانين لحالات خاصة تعزل أو تفسح بموجبها العقود بسبب تعبير الظروف الاقتصادية.

وعلى العكس من ذلك، يعتبر التشريع المدني المصري الجديد سابقاً في هذا المصمار، حيث أنه ثالث تقيس اشتمل على نص عام في الظروف الطارئة التي تلقاها عن قانون الالتزامات البولوني والقوانين المدني الإيطالي وحاكي في تطبيق أحكامها القضاء الإداري الفرنسي لكنه لم يقتصر على القاعدة العامة التي تنظمها، وإنما أخذ بتطبيقاتها في عقود الإيجار وعقود المقارلات

وهو يدور مبالغة لعب نور، حيوي في نشرها، فشقت طريقها إلى مجموعة من التشريعات العربية، وجاءت صياغتها في المادة 147 منه على النحو التالي:

"العقد شريعة المتعاقبين فلا يجوز نقضه ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون

ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن من توسع توقعها وترتب على حدوثها أن تعيد الالتزام التعاقدية، ولم لم يصبح مستحيلاً صار مرفق للمدين بحيث يهدد بحسارة فادحة، جاز للقاضي، تبعاً للظروف وبعد المراجعة بين مصلحة الطرفين، أن يرد الالتزام المرفق إلى الحد المقبول.

وينتج بطلان كل اتفاق على خلاف ذلك"

لم التشريع المغربي، فلا يحمل بين نقطتيه بهذا ينص على النظرية بالمعبر الذي تعصي به القوانين المدنية الأخرى كالمصري والجزائري والبولوني والإيطالي وغيره. وهو شيء بديهي ومطغى لأن قانون الالتزامات والعقود خرج إلى الوجود قبل أن تصنع النظرية لسمي وترجي بمبادئها إلى التشريعات، وفي المعدل هناك بعض المقتضيات في بطاره تحيد تعطيل أو فصح الاتفاقات التعاقدية بطررف من تكر في الحسب¹¹¹.

ولعل من أبرز الأمثلة التي يمكن سيقها في هذا المصمار، نعتين عنود كراء الأراضي الفلاحية، إذ بناء على الفقرة الثانية من الفصل 710 ينشأ لعكثري لأرض الفلاحية الذي تلف ررعه نتيجة حدث غير متوقع، حق تخفيض بدل الكره بشرط أن تتجاوز الحسارة النصف¹¹².

وفيما يتعلق بالنصاء المدني، فتسجل به صلاته وعداؤه لنظرية الظروف الطارئة حيث إبه لم يجد من عاقته في احترام القوة الملزمة للعقد لا في فرنسا ولا في مصر، وينصم إليهم القضاء المغربي.

وحلاصة القول، فإن نظرية الظروف الطارئة تقتصر أن عقدا يتراخي تنفيذه إلى أجل ويطرا عدد حلوله تغير في الظروف الاقتصادية بسبب حوادث استثنائية غير متوقعة يصبح معها التوفد مرفقا بهند المدين بصدارة فلاحية، الشيء الذي دعا للفقهاء والنصاء والتشريع-

111- أنظر في هذا الشأن:

- سامة عبد الرحمن، نظرية العبر وأثارها على الالتزام التعاقدى أطروحة ليل دكتوراه الدولة في القانون الخاص السنة الجامعية 1990 ص 392 جامعة الحسن الثاني كلية العلوم القانونية والاقتصادية. لدار للنصاء

112- تنص الفقرة المنكورة أعلاه على أنه:

"إذا كان هناك للرع جرنوا، لم يكن هناك محل لتخص الكراء أو لاسترداده بما يتناسب مع الجره الهالك، إلا إذا تجاوز هذا الجره النصف"

حرجا على قاعدة العقد شريعة المتعاقدين - إلى الاعتراضات في سلطة التدخل في العقد لرد الالتزام المرفق إلى أحد المتعاقدين عن طريق توريث نية هذه الحوادث بين الدائن والمدين - وذلك في الدول التي أحلت بها - دون فسخه بعد للموازاة بين مصلحتيه.

وتتلخص الشروط العامة لأعمال أحكامها في أن يكون الالتزام تعاقبا، وأن يكون الطرف ناشئا عن حادث استثنائي عام وغير متوقع وأن يصبح تنفيذ الالتزام مرفقا بحيث يهدد المدين بحسارة فاحشة

لما عن مجال تطبيق أحكام النظرية، فيمثل في الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح، عما أن فئة من رجال الفقه القانوني قالت بإمكانية تطبيقها في كافة العقود، بينما استبعدت أخرى من هذا الإطار العقود الاحتمالية لكونها تقوم بتطبيقها على احتمال الربح والخسارة، أي أنها تنظر إلى عنصر مهم في النظرية هو عنصر علم توقع الإرهاق، ومثلت جماعة من هؤلاء إلى حصر الميدان الذي تجول فيه هذه الأخيرة في عقود المدة - كان تنفيذها مستمرا كالإكراء أو دوريا كالنوريد لأن تنفيذها يمتد إلى المستقبل فتجد فيه النظرية فصحة من الزمن بحيث لنقدها التوازن الاقتصادي، دون العقود الفورية كالبيع - ولو تأجل تنفيذها إلى المستقبل، بدليل أن الزمن لا يذلف عاملا أساسيا في تحديد قيمة الالتزام، على عكس بعض المواقف التي رأيت بأن حكمها يسري أيضا على هذا النوع من العقود لأن محورها الأساسي هو أن يفصل بين إبرام العقد وتنفيذه فارق زمني

وإذا كان التشريع المعاصر يعهد لقاضي الموضوع بدور مهم في مجال تحديد الأثر الواجب إنزاله عند تواتر الحوادث على كافة الشروط اللازمة لاعتباره ظروفا طارئا، وهو أثر قصرته التشريعات العربية على مراجعة شروط العقد عن طريق تعديلها، فإن مثيلاتها الأوروبية تعتمد

الوسيلة، في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية

وسيلتي التصحح والتعديل ويتباين نهجها بخصوص سلطة القاضي في تطبيقهما¹¹³.

الفقرة الثالثة: العقود من حيث العوض وعدد العمليات القانونية فيها

بالنظر إلى ما إذا كانت العقود تشمل على عوض أي المقابل أم لا، وعلى عملية قانونية واحدة أم على عدد منها، فإنها تنقسم إلى عقود معاوضة وتبرع، وإلى عقود بسيطة وأخرى معقدة.

أولاً- عقود المعاوضة والتبرع

1- تقابل الموضين في المعاوضة دون التبرع

الأصل في عقد المعاوضة أن يأخذ كل من المتعاقدين مقابلاً لما يعطي، أما في عقد التبرع فلا يأخذ أحدهما مقابلاً لما يعطي لأن هذا النوع من العقود لا يبغي على تقابل العوضين مثلما في الأول.

ومن عقود المعاوضة البيع بالنسيئة للبائع والمشتري، ومن عقود التبرع الهبة¹¹⁴ - إذ فيها يعطي الواهب شيئاً ولا يأخذ مقابلاً ويأخذ

المالك في راحة كذا ما كان

113- راجع بخصوص ما تم ذكره عن نظرية الظروف الطارئة.
- لورة غزلان، حالة الضرورة في الفريعة الإسلامية والفنون الوصفي، مرجع سابق، من ص 417 إلى ص 440.
114- الهبة عبارة عن تمليك عين بدون عوض وهي قد تكون هبة عين أو هبة منفعة.

- رفيق يونس المصري، مرجع سابق، ص 241.
وهي في منطوق المادة 273 من الظهير الشريف رقم 1.11.178 الصادر في 22 نوفمبر 2011 بتعديد الفنون رقم 39.08 المتعلق بمنونة الحقوق العينية - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 27 نوفمبر 2011، ص 5587 - "تمليك عقار لوجع عيني عقاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض".

الموهوب له الشيء دون مقابل يعطيه - وكذا العقود التي يتسبب فيها الشخص بإداء عمل أو خدمة لمصلحة الغير بدون عوض كمنح الرابحة متى عرفت بغير أجر¹¹⁵ وعارية الاستعمال¹¹⁶.

ويلتزم عقد الهبة بالإيجاب والقبول، ويجب تحت طائلة البطلان أن يبرر المبرر محقق ومعي، ويشترط لصحة الهبة أن يكون الواهب كاس لأهليه، متكاملاً للموهوب وقت الهبة، وألا يكون الدين محيطاً بماله كما أنه عقد يتكون من عنصر مادي، ألا وهو تصرف الوهاب في ماله من عوض، وعنصر معنوي، يكمن في نية التبرع. وعلى هذا الأساس، قلل الهبة تدخل في عموم عقود التبرع، حيث تجعل للموهوب له بئزى بدون عوض وتقرر بنية التبرع، وفقد من أعمال التصرف باعتباره الوهاب يلتزم بتقل للملكية دون مقابل. ويعني عن قبول، أنه يجوز الرجوع في الهبة في حالات معينة، وبطلان على هذا الرجوع "لاغتصار" الذي يرد به رجوع الواهب في هبته، وهو يجوز في حالتين، أولاً: فيما وجه الأب أو الأم لولدهما قصراً كن أو راشداً ثانياً: إذا أصبح الواهب عاجزاً عن الإنفاق على نفسه أو على من تلزمه نفقته ولا يمكن الاغتصار إلا بصور الموهوب له وموافقة، أو بحكم يقضي بفسخ عقد الهبة لفقد الواهب.

ويجب عدم الخلط بين الهبة، التي يقصد بها تمليك عذر أو حق عيني عتاري لوجه الموهوب له في حياة الواهب بدون عوض، والصدقة - التي نصبتها مدونة الحقوق العينية - والتي تفيد التمليك بغير عوض لملك، لوجه الله تعالى، كما تنص على ذلك المادة 290 وسري عليها أحكام الهبة. تطبيقاً للمادة 291 مع مراعاة ما يلي:

- لا يجوز الاعتصار في الصدقة مطلقاً.

- لا يجوز رجوع الملك لمتصل به إلا بالإرث.

والمادة 290 منه بتاريخ 17 أبريل 2015 صدر المرسوم رقم 214.831 لتفصيل تطبيق مقتضيات المادة 174 من القانون رقم 39.08 المتعلق بمحولة الحقوق العينية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6356 بتاريخ 30 أبريل 2015، من 4119.

115 - جاء في مطلق الفصل 790 من ق. ل. ع. أن "الصل في الرابحة أن تكون مبرر لغيره، ومع ذلك يستحق المودع عنه أجره".

116 - ينص الفصل 835 من نص القانون على أنه "من ليس عارية الاستعمال أن تكون على وجه التبرع".

وبدا كانت صحة المعاوضة لو التبرع لأزمة لقيم بعض العقود - كالبيع والهبة - في تلك عقودا قد تنضم بهما أو بالأحرى - كالوكالة والوديعة - بحسب ما إذا كن المتعاقد بأحد لم لا مقابلا لعب يعطى وعند كيف العقد على أنه معاوضة أو تبرع، استنادا إلى العمية للقضية في حملتها مع الأحاد بعين الاعتبار التزامات كل من الطرفين وصبيعة العلاقة بينهما وتوفرية التبرع من حدها¹¹⁷.

2- الفرق بين عقد المعاوضة وعقد التبرع

إن للفرقة بين عقد المعاوضة وعقد التبرع أهمية كبرى تتجلى على عدة أصعدة منها المسؤولية والصحة، الأهلية، والدعوى انبويائية.

مسؤولية المبرع عند إخلال بالالتزام الملقى على عاتقه تكون أضعف من مسؤولية المعاوض¹¹⁸ أما عن الصحة، فهناك من يرى بأن الصالح في عقد المعاوضة يوسع بكثير منه في عقد التبرع وهناك من يذهب إلى أن التحمل بالصحة للصالح لو تحلف المصالحات بما يقتصر في الواقع على العقد الأول، دون الثاني الذي يقوم على عدم الصالح¹¹⁹.

وتتفاوت الأهلية بحسب ما إذا كان العقد معاوضة أم تبرعا، بحيث يشترط أهلية أبرام للتصرحات للدائرة بين النفع والضرر في عقد المعاوضة، ويتطلب في المتبرع أقصى درجات الأهلية، لأنه يجري

117 إدريس العلوي العبدلاوي، شرح الفقور المدني، نظرية العسه للانفرم

نظرية العقد مرجع سابق، ص 153

118 في الوديعة مثلا يصل المردع عنه عن عدم تحلا الاحتياطات التي يشترها العقد، ويصن لهلاك أو الخيب الحصل بعنه أو إصله - الفصل 806 - وإذا كانت بأجر أو تقتصياها وظرفته - الفصل 807 - فله يسأل عن أي سبب كل يمكنه التحرر منه

119 عبد القادر الرحيري، مرجع سابق، ص 39 ص 40.

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح الفقور المدني، نظرية العامة للالتزام، نظرية العقد مرجع سابق، ص 155 و 156

عملا بضربه ضررا محصيا، وأحدها في المتبرع له، نكوهه مباشرة،
ينفعه نقدا محصيا.

أما لدعوى البوليائية¹²⁰ فيقصد بها عدم نفاذ تصرف المدين من
حق دائنيه وهو تصرف يتتبع شروط الطعن فيه تبعاً لنوع العقد، فإذا
كان معاوضة لشروط أهم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطوقاً على
عش من المدين وأن يكون المتصرف إليه على علم به، وإذا كان تبرعاً
فلا يجب شيء من ذلك، ويعتبر التصرف غير نافذ في حق الدائن، ولو
لم يرتكب المدين المتبرع غشاً، وكان المتصرف إليه الذي صدر له
التبرع حسن النية.

ويعبر آخر، فإنه لا يحق للدائنين الاستعادة من الدعوى البوليائية
في عقود المعاوضات، إلا بدلائلهم حيلة التواطؤ بين مدينهم ومن تعامل
معه، بينما لا تكون ثمة حاجة إلى مثل هذا الإثبات في عقود التبرع
لاقتراض وجوده فيها.

ثانياً: العقود البسيطة والمختلطة

إن العقد البسيط عقد يتناول عملية قانونية واحدة، ويكون إما
مسمى كالبيع، أو غير مسمى مثل العقد الذي بموجبه تصنع إدارة
مصنعي عدداً من المحنرات تحت تصرف كلية الصبيلة من أجل
البحث العلمي، وبالتالي فإنه يكتسي وصفاً واحداً ولا يترك مجالاً للشك

120 - إن كل الدش يدفع عن نفسه تهاون المدين إذا سكت عن معالجة بحقوقه
لدى الغير، بواسطة الدعوى غير المباشرة، فإنه يدفع عن نفسه غشاً، متى أجا إلى
التصرف في ماله بصرفاً بحقوق الدائنين وذلك عن طريق الدعوى البوليائية التي
بموجبها يطعن في هذا التصرف ويستبقى بذلك مال المدين في منصفه لعدم تمهيد
التمتع عليه وفق ما اشترط إليه أعلاه.

- كريس العلوي الحيدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للاقتراض، نظرية
العقد، مرجع سبق، ص 56.

- عبد القادر المرعاري، مرجع سبق، ص 40.

في طبيعته، بخلاف العقد المختلط الذي يتحد فيه عناصر أكثر من عقد
أو بالأحرى يشكل مزيجاً من عقود اختلطت وأصبحت عقد واحد¹²¹.
والملاحظ أن أغلب العقود غير المعساة هي مزيج من عقود معساة كما
في الاتفاق بين صاحب الفندق والبراء الذي هو عبارة عن عقد غير
مسمى يجمع بين عقد الإيجار والبيع والوديعة والعمل

وإذا كان العقد البسيط لا يثير إشكالا من حيث الفرع عند الواجب
لتطبيقه فإن العقد المختلط يتمحور عنه وصيغتين، إحداهما يهدف فيها
للمعاقلة إلى تحقيق عدة أغراض، وهما تسري على كل عقد الأحكام
الخاصة به، والأخرى يقتصران فيها على واحد منها، وهو أمر صعب
عمليا بسبب تنوع أحكام العقود، لذا يغلب العقد الذي يعتبر أساسيا في
مجموع العمليات القانونية ويطبق حكمه على للعقد كله¹²².

الفقرة الرابعة: العقود من حيث المساومة واشتراط قبول جميع المتعاقدين

تتفرع العقود كذلك اعتبارا بطريقة وقوع التراخي بين أطراف
العقد، وإطلاقا مما إذا كانت تقتضي قبول كل واحد من المتعاقدين أو
يقتصر فيها على قبول الأغلبية فقط، إلى عقود مساومة وإدعان، وإلى
عقود فردية وجماعية.

أولا: عقود المساومة والإدعان

يصطلح على العقد الذي يحصل فيه التراخي على أساس المساومة
بين طرفيه، وتجري المناقشة في بدوه وشروطه بمطلق الحرية بينهم

121- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للأثر

نظرية العقد، مرجع سابق، ص 156.

- عبد القادر المرعاري، مرجع سابق، ص 42.

122- أنظر في هذا الشأن.

- إدريس العلوي العبدلاوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للأثر، النظرية

العقد، مرجع سابق، ص 157.

عقد المسارعة كالتسليم والإيجار وغيرهما من العقود التي تتم بالمفاوضة على وجه التعادل بين المتعاقدين.

وعلى عكس سابقه، سزم عقد الادعاء دون مناقشة بين عقديهما بحيث يستطيع أحدهما بحكم وصحة الفعل أو القانوني أن يفرض على الآخر شروط العقد فلا يكون له الحق في التفاوض بشأنها وإنما يقدم الفرض والإيعاز لها، ويكون الأمر كذلك في الحالات التي يحتكر فيها أحد الأطراف مرفقا يعرض على الجمهور بصورة دائمة صقلت أو سلع، مثل الشركات التي تنوي توزيع الماء والكهرباء والغاز ونحو ذلك.

ويعتبر عقد الادعاء ظاهرة للحرر، التطور الاقتصادي الذي أصبح يفرض على الفاعل التسليم بشروط مقررة وضعها الموجب سلفا ولا يسمح بمناقشتها.

ولعل الطبيعة المتميزة لمثل هذا الصنف من العقود، هي التي جعلته يتم بخصوصيات معينة، منها أنه يتعلق بسلطة أو خدمة مما يعد من ضروريات بالنسبة لجمهور الناس، وأن للموجب يحتكر هذه الأخيرة، أو تكون المنافسة بينه وبين غيره في عرضها محدودة النطاق ثم في الإيجاز يكون فيه دائما ودائما ويوجه إلى الجمهور أو إلى طائفة منه تتوفر فيها صفات محددة، ويصدر بكيفية قاطعة مستقلا على شروط الحد الجومرية والتفصيلية التي لا يمكن مناقشتها، أما القبول فيكون عبارة عن رضوخ للشروط الواردة في الإيجاب¹²³.

وبما كانت جل التشريعات المدنية الحديثة قد عمدت إلى سن نصوص لمرة تحمي الطرف المدعى من تعسف الطرف الآخر واعترفت للقاضي بسلطة بحوله إلقاء أو تعديل لشروط لتصفية للقي

123- إبراهيم الطوي العبدلوي، شرح القانون المدني، النظرية العامة للتسليم، نظرية العقد، مرجع سابق، ص 158 إلى ص 61.
- عبد القادر المرحلي، مرجع سابق، ص 37 وص 38.

يرصنها المحاكم، كالتقانون المدني المصري الذي ينص في المادة 149 منه على أنه:

"تم العقد بطريق الإذعان، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط لو أن يعطي الطرف المدعى منها، وذلك وفقاً لما تقتضي به العدالة.

ويجوز باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك؛ فيسأل المشرع المصري بم يصح نصاً عام في هذا الباب يكرس المبدأ المذكور كما نشرنا إليه آنفاً.

ثانياً: العقود الفردية ولجماعية

يسمى عقداً فردياً كل عقد لا يقوم إلا بتوفر قبول كل واحد من المتعاقدين كما في عقد شركة الأشخاص الذي لا بد فيه من رضى كل شريك؛ أما العقد الجماعي، فهو العقد الذي يكتفى فيه بقبول أغلبية أطرافه أما الأغلبية فتجد نفسها مفيدة به رغم أنها لم تشرك في إبرامه من ذلك مثلاً قرارات أغلبية المالكين على الشئاع التي تكون ملزمة للأغلبية فيجب يتعلق بإدارة المال المشاع ولا انتفاع به، بشرط أن يكون لهؤلاء ثلاثة أرباع هذا المال¹²⁴.

الفقرة الخامسة: العقود من حيث تنظيمها القانوني

إنه التقسيم الذي يدور حوله موضوع دراستنا، لذا سنقتصر هنا - إلى أن نتطرق إليه في المكان المناسب - على الإيماء إلى أن مجموعة من الدراسات في هذا المجال تذهب إلى أن العقود بحسب ما إذا كان المشرع قد حلق عليها اسماً خاصاً بها تتميز به عن غيرها من العقود ونظمها بأن من لها أحكاماً معينة، تنفرع إلى عقود مسماة، وهي

124- حسب ورد في الفقرة 1 من الفصل 971 من قانون الاستثمار والعقود.

أما الفقرة 2 فتعني بأنه:

"إذا لم تصل الأغلبية إلى الثلاثة أرباع، حق المالكين أن يلجأوا للقاضي، ويقرر هذا ما يراه لوفيق لمصالحهم جميعاً، ويمكنه أن يعدل مديراً يتولى إدارة المال المشاع أو أن يلزم بعضهم".

الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية

المقصودة بهذا الامتثال، وجرى غير ممماة أو غير معيلة، لم تحط من
لنته باسم أو تنظيم.

المطلب الثاني

تقنيات تحديد مضمون العقود

سبقت الإشارة إلى أن العناية من تصنيف العقود تكمن إجمالاً في جمع مصادرها على الرغم من تعددها واختلافها، في إطار مجموعات أو مسائل يتخلل كل واحدة منها نوع من الأسس نتيجة ارتكازها على معيار أو صياغة معينة.

ومن هذا المطلق، يمكن القول إن التصنيف يسمح بتحديد كل عقد ضمن هذه المجموعات، ومحصل ذلك أب يكون إزاء تصنيفين للعقد، أحدهما تصنيف بالحسن، والآخر تصنيف بالنوع فالبيع والمعلوصه مثلاً كلاهما من العقود الباقلة للملكية وهذا تصنيف بالحسن لكنهما مختلفان من حيث النوع؛ إذ في الأول يتم نقل ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن، أما في الثاني فيتم نقل الملكية من المعلنوسين مع ولا يكون المبدل ثمناً كما في البيع، بل شيئاً مبقولاً لو عارٍ أو حفاً مبقولاً من نفس النوع أو من نوع آخر¹²⁵.

وإذ كان الوصف للمألوف هو تمييز العقد بحسن بنية وبكيفية تلقائية استناداً إلى الحدود التي تتخصص ما اتفقت عليه الأطراف المتعاقدة من التزامات، فإن ثمة حالات قد ينشأ فيها النزاع بشأن هذه الأخيرة، الشيء الذي يستدعي تدخل القضاء لاستجلاء ما يكتنف العقد من غموض وما يعزبه من لبس، وذلك بعد تفسيره دون أي تحريف وتكييفه بمعرفه طبيعته القانونية والوقوف على رصفه الصحيح.

وهكذا فإن تحديد مضمون العقد يستدعي الكشف عن حقيقته من خلال تفسيره وتكييفه، في ضوء ما حصل الاتفاق عليه وكذا بالرجوع إلى بعض العناصر التي بها أهمية في هذا المضمون، لأن كل تعهد يجب تمييزه بحسن بنية، وهولاً يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضاً

125- كما يستند من لفصلين 478 و 619 من ق.ل.ع.

بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف ،
وما تقتضيه طبيعته¹²⁶

ولعل من أبرز التفتيات التي تصعب في تحديد مصموم العقد
التفسير ثم التكييف اللذين لا تأينا ان نتناولهما ضمن هذا المطلب نأخذ
على الشكل التالي:

الفقرة الأولى : تفسير المصوم

نتناول ضمن هذه الفقرة تحديد ماهية التفسير محلولين إبرار مصموم
وحالاته، وبصاق السلطة التي يتمتع بها قاضي الموضوع في هذا
المجال، إلى جانب الوقوف على العلاقة بين تفسير العقود وتحريها

أولاً: ماهية تفسير العقد

إن استخلاص مصموم العقد يتوقف في جانب منه على الكشف
عما قصدته الإرادة المشتركة للطرفين من خلال العبارات المستعملة في
صياغته وكذلك بالنظر إلى الظروف والملامسات التي اكتتفت إبرامه.
وبصيغة أخرى، فإن تحديد مصموم العقد أو موضوعه إنما يتم بمعرفة
ما قصد طرفاء تحقيقه باتفاقهما، أي تفسير تعبيرهما عن الإرادة، لأنه
انطلاقاً من تحديد غيانهما يتبين الوصف القانوني للعقد¹²⁷.

أ- معنى تفسير العقد

بعد تفسير العقد تلك العملية الذهنية التي يمارسها القاضي من
بعد الوقوف على الإرادة الحقيقية للمتعاقدين معتمداً على الأساليب
القانونية التي من شأنها أن تساعد على ذلك، ومهتداً بالقواعد التي
وضعها المشرع كي يسترشد بها في هذا الباب.

126- وهو ما يخص عليه صراحة الفصل 231 من ق.ن.ج.
127- إريس الطوي المدلاوي، شرح للقانون المدني، النظرية العامة للالتزام:
نظرية العقد، مرجع سابق، ص 592.

٢- ضوابط تفسير العقد

يحتوي قانون الالتزامات والعقود في الباب المتعلق بالتأويل (التفاسات) على مجموعة من النصوص تؤلف في مجملها ذلك الضابط الذي هو القواعد التي تعد مقياساً لتوجيه القاضي عند تفسيره على مهمة التفسير، منها على سبيل المثال، أن يفرد العقد يؤول بعصمه (أي من بان يعطى لكل منها المدلول الذي يظهر من مجموع العبد، وإذا تعذر التوضيح يذهب لزم الأحد بلحرها ربة في كتابه العبد، ولا أمكن حمل عدة بد على معنيين، كل جمعه على المعنى الذي يعطيه بعض الأثر لولى من جملة على المعنى الذي يجزئه من كل ثمر، وإذا تكرر في الالتزام المبلغ أو الثمن أو المقدر على وجه التقريب، وجب الأحد بلتصامح الذي تفصي به عدلات التجارة أو عرف المكس، وإذا كتب المبلغ أو المقدر بالحروف والأرقام، وجب عند الاختلاف الاعتداد بالمبلغ المكتوب بالحروف، ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه العبد، وإذا كتب المبلغ أو المقدر بالحروف عدة مرات، وجب الاعتداد عند الاختلاف بالمبلغ أو المقدر الأقل، ما لم يثبت بوضوح الجانب الذي اعتراه الخط.

كذلك يلزم فهم الألفاظ المستعملة حسب معناها الحقيقي ومثلها لاعتداد في مكس يرام العبد، إلا إذا ثبت أنه قصد استعمالها في معنى خاص، وعند الشك يزول الالتزام بالمعنى الأكثر فائدة للمتقدم.

لما للتناول عن الحق، فيجب أن يكون له مفهوم صديق ولا يسوع لتوسع فيه عن طريق التأويل، والعقود التي يثور الشك حول مدلولها لا تصلح أساساً لاستنتاج القائل منها¹²⁸.

128- راجع الفصول من 464 إلى 467 ومن 470 إلى 473 من قانون الالتزامات والعقود.

ثانياً حالات تفسير العقد

من الناحية العملية لا يكون لتفسير موجب، إلا إذا كانت الغاية من العقد غامضة ومبهمة بحيث تحتمل أكثر من معنى، غير أن هذا لا يبرر من تفسير بعض العقود ولو كانت العبارات المستعملة فيها واضحة من نطلب الأمر ذلك.

1- حالة العقد الغامض العبارة

يخص المشرع صراحة¹²⁹ على أنه

"يكون التويل في الحالات الآتية:

- 1- إذا كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى لتوفيق بينها وبين المعنى فواضح الذي قصد عند تحرير العقد.
- 2- إذا كانت الألفاظ المستعملة غير واضحة بعضها، أو كانت لا تعبر تعبيراً كاملاً عن قصد صاحبها.
- 3- إذا كان العمود شيئاً عن مقارنة بين العقد المحتققة بحيث تظهر المقارنة فذلك حول تلك العقود...".

ونلاحظ على ما ذكر، فإن لوجه العمود في العقد بتحقيق له تكون العبارات المستعملة فيه غير معبرة عن الية المشتركة للمتعاقدين أو حينئذ يكون لها أكثر من معنى مما يحمل على الفهم في الغرض المقصود منه، بل لو العمود قد يشاليس فحصب عن الالتباس الذي يتخلل صيغته، وإنما أيضاً عن صعوبة التوفيق بين الأجزاء المكونة له.

ونظراً لأنه يعد في العقود بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمباني، فإنه يتعين البحث عن الغرض المقصود أثناء التفاوض، لا سيما وإن المشرع كرس هذا المقادير بقوة¹³⁰:

¹²⁹ - فقرة 1 من الفصل 462 من ق.ل.ع.

¹³⁰ - في فقرة الأخيرة من نص الفصل المشار إليه في الهامش السابق.

الموسم في العقود الخاصة والعقود المشبهة والتجارية والبلدية

كما يكون التداول موجب، ولم يثبت عن قصد المتعاملين نوع
الوقوف عند المعنى الحرفي للتفسير ولا عند تركيب الجمل.
وينبغي للمجلس الأعلى - أي محكمة النقض - حسب التسمية
المطروحة 1. أن نفس النهج في العديد من قراراته، منها مثلاً قراره الصادر
بتاريخ 20 أبريل 2011 الذي ورد فيه أن:
"محكمة الموضوع الحق في ألا تعتبر في العقود إلا مطالب دون
مبدأ، وإنه يجب تقرر أن العقد السرم بين الطرفين هو عقد كراء لا
عقد شركة تصحيح الوضع بالنسبة للتعبير العائد"

2- حالة العقد الواضح العبارة

الأصل أنه إذا كانت عبارة العقد واضحة في دلالتها، فإنها لا
تحتاج إلى تفسير ووجب على القاضي الأحكام بالمعنى الظاهر لها دون
أن يحرف عنه، أي أنه لا يجوز عنه المدول عن إرادة واضحة من
خلل التعبير الذي اتخذته مطهراتها إلى إرادة أخرى غير هاء الشيء
في أكد المشرع في أحدصوص قانون الالتزامات والعقود 133 ذاهيا
إلى أنه:

- 131- بموجب الظهير الشريف رقم 111 170 الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 2011
بتقيد القانون رقم 58.11 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 59.89 مكرر بتاريخ
26 أكتوبر 2011. ص 5228 - تم استبدال تسمية المجلس الأعلى بمحكمة النقض.
وبالإشارة ذاتا لتأييد الإنهاء على التسمية السابقة بالنسبة لساتر القرارات الصادرة
قبل سنة 2011.
- 132- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 20 أبريل 1966. المنشور بمجلة
القضاء والقانون. العدد 85-87. مارس 1967. ص 289.
- 133- بقصد الفصل 461 منه ق. ل. ع

"... كانت ألفاظ العقد صريحة أوسع البحث عن قصد صاحبها" ¹³⁴
 قصي به تمنحني لأعلى في مجموعة من قراراته، من ضمنها في
 تفسير بتاريخ 13 فبراير 1962 ¹³⁵ الذي ورد فيه أنه:
 "يجب على النص تطبيق الاتفاقات المبرمة بين الأطراف وليس له
 تغيير شروطها متى كانت واضحة بنية".

فتدعى إذن أن إعمال الشروط الواضحة المصممة بالعقد هي من
 مستلزمات القانون التي تخضع لرقابة محكمة النقص؛ غير أنه لا يكفي
 لاعتبار عبارة العقد واضحة، ومن ثم لا يتطلب أي تفسير، أن تكون
 واضحة في ذاتها، بل ينبغي أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على
 صفة الإرادة المشتركة فيها. إذ قد تكون العبارة في ذاتها واضحة
 ومع ذلك يشوبها غموض بالنسبة إلى حقيقة مدلولها، كأن يحصل مثلا
 تناقض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد يقترب إحداهما من
 أخرى.

لذا، فلم رجل لفقه القانوني يجمعون على أنه يصوغ تفسير العقد
 لوضع العبارة متى كان هذا الوضوح غير مقصود عند التعاقد ولا
 يترجم للنية المشتركة للمتعاقدين ¹³⁶ مستثنين إلى قول المشرع
 لمعربي ¹³⁷:
 "يكون التأويل في الحالات الآتية:

أ- كانت الألفاظ المستعملة لا يتأتى التوفيق بينها وبين الغرض
 الواضح الذي قصد عند تحرير العقد..."

¹³⁴ قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 فبراير 1962، المنشور بمجلة
 القضاء والقانون العدد 44 - 49 من 379

¹³⁵ - نظر في هذا قصد

- عبد القادر المرعاشي، من مرجع السابق، ص 260
¹³⁶ - أي الفقرة من الفصل 462 منه

والى هذا السياق أيضا قول:

« إن القاضي قد يجد نفسه في حاجة إلى تفسير العبارات الواضحة... ذلك أن وصوح العبارة غير وصوح لإرادة، أي لأن العبارة قد تكون واضحة في ذاتها إلا أن الظروف تدل على أن المتعاقدين لماء استعمال هذا التعبير الواضح فقصدوا معنى وعبرا عنه باللفظ لا يستقيم له، إذ في مثل هذه الحالة يسعى على القاضي أن يعتمد المعنى الواضح وأن يجعل منه إلى المعنى الذي قصده المتعاقدان حقيقة¹³⁷ ».

دالة سلطة القاضي الموضوع في مجال تفسير العقد

إنماط للمشرع مهمة تلازم لاتفاقات بقصة الموضوع، تلك المهمة التي رب سائل يتساءل حول ما إذا كانت مطلقة أم مقيدة.

يعتبر تفسير عبارات العقد العنصر من مسائل الواقع التي تدرج ضمن السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، التي لا يخصص فيها مراقبه محكمة النقص، وإن كانوا يقيرون فيها بالصواب القانوني التي وضعها المشرع بين أيديهم والتي كنا نلحظ فيها سبق

ولعل السبب في عدم بسط محكمة للنقص رقبتها على قاضي الموضوع بمداية تفسير العقد العاصر، يعزى إلى أن عملية التفسير تتطلب في مثل هذه الحالة استقراء البنية الحقيقية أو المتضمنة للأطراف المتعاقدة، وتفصي ظروف وملاحظات العقد، الشيء الذي يؤدي بالتناقص إلى التقيب في عالم البنية أي في الواقع ليقنع في آخر المطاف بما قصدت الإرادة تحقيقه.

137- مكنر إليه لدى :

- محمد لكشور، رقبة المجلس الأعلى على محكم الموضوع في المراك المدنية محاولة للتفسير بين الواقع والقانون- الطبعة الأولى سنة 2001 ص 184.

رابعاً، تعريف العقد

عني عن النيران، أنه لا يسمو ع لقاضي الموضوع لا...
معنى ظاهر إلى آخر إذا أرتكر على أسباب منطقية ومرددة...
ولا اعتبر محرراً للعقد وأصبح وعرض حكمه للنقض.

ويقصد بالتحريف لغة، الميل أو العذول، يقال حرف عن...
أي مال عنه وعزل، وحرف الشيء أي صرفه وغيره، وحرف الألف...
غيره وصرفه عن معانيه أو مواضعه أما اصطلاحاً، فيراد به...
المعنى الظاهر من الوثيقة.

والتحريف قد يكون إرادياً متى نعتد قاضي الموضوع أبعاد شرحه
من الشروط الواضحة في العقد أو الوثيقة، كما قد يكون غير إرادي في
حالة ما إذا لم يصب في استخلاص ما تشمله الوثيقة أو لم يتمكن من
التوافق بين بنودها.

وبمفهوم آخر، فإن التحريف يعد بمثابة تعبير لطبيعة تصرف أو
مستند على نحو يصرفه عن مطلوبه الحقيقي، أي أنه يشكل خطأ يتعلق
بمسألة استنتاج الوقائع، ومن ثم فإنه يختلف عن كل من التفسير
والتكذيب:

فمن ناحية، يعترض التحريف وصوح الفاظ العقد أو الوثيقة، على
عكس التفسير الذي يتطلب مبدئياً غموضها إلى درجة أنها تثير الشك
حول المراد منها، فيدخل القاضي بتفسيرها، وإذا أخطأ فيه فإن عمله
يعد خطأ في الواقع؛ ومن ناحية ثانية، فإن التحريف يقتضي خلاف
التكذيب الذي ينصف الخطأ فيه بكونه خطأ قهرياً - قيام قاضي
الموضوع بإساءة الوصف للقائري الصحيح والمناسب على العقد ثم
مجانبة التصواب بحدوث في فهم محتواه أو الشكر لشرط من شروطه.

١- أصل نشأة نظرية التحريف ومجال تطبيقها

تجدد نظرية تحريف العقود - وعرفها من نعمتات مرمية التاريخي في موقف محكمة النقض المصرية من تولى عقود الوصي بعد أن كانت تصوي بينها وبين النص التشريعي عن حيث رقبة التي تعرضها على محاكم الموضوع، أصبح تعبد - في سنة في فترة لحظة يتلخص في أن تأويل العقود وسائر تصرفات تقديرية نصية من جانب واحد، مسألة واقعية حل من سلطة قصة الموضوع¹³⁸.

غير أنه نتيجة لإساءة هؤلاء استعمال هذه الأخيرة¹³⁹ فبعد بحث إلى اعتماد حل استنفذت من وراء التصدي لها، ثمثقة. هة نبي له إذا كان العقد غامضاً وجب على القاضي الموضوع تربيته. في بحث عن نية الأطراف الحقيقية أو المعترضة لوزن من حصص في تلك نية محكمة النقض، لأن المسألة هنا مسألة واقع على عكس ما لو كان العقد واضحاً، بحيث لا يحور تحريفه تحت سائر تفسير، وهو ليس على حصص لرقابة محكمة النقض، باعتبار أن الأمر يتعلق بتفسير.

وهكذا، ظهرت نظرية تحريف العقود، توصف في محل نص في النقض في فرنسا، واستطاعت أن توسع من حوز تطبيق التي كبر يقتصر على العقود والوصي لتفت إلى سائر الوثائق التي تعرض على نظر قاضي الموضوع فيستنتج منها خلاف من وراء قيد، بمعنى أنه يحرفها عن مدلولها الحقيقي، كما أنها تمكث من أن تكون عجيبة من التشريعات، منها التشريع المصري، السوري وتبني وكنت تعريفي

138- راجع في هذا الصدد:

- محمد لكشور، رقبة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في لورد لسيه: محاولة للتفسير بين الواقع والقانون، مرجع سابق، صفحات 8 و 9 و 10 و 11.

139- من صور تلك، حذف شرط واضح من شروط توصية بمسبة تربية والأخذ عرضاً عنه بشرط آخر من شأنه أن يوجب قتل قربة مغيرة مشار إليه لدى:

- محمد لكشور، نفس المرجع السابق. ذكر دعي التماس سبق، ص 10.

الذي كرسها في إطار الفصل 461 من قانون الالتزامات والعقود إليه سابقا.

فنظرية التحريف إذن، برزت في مجال تأويل الوصايا، بالنسبة لمحكمة للنقص الفرنسية التي طبقتها فيما بعد على مسجود الإثبات وطلبات الحصر والمراسلات والمحاصر والاعتراضات المستندة ونحوها من المستندات المكتوبة الواضحة الدلالة التي يستخلص قاضي الموصوع مصعوبها على نحو خاطئ.

2- شروط تطبيق نظرية التحريف

يتطلب قضاء النقص في فرنسا وفي المغرب لتطبيق أحكام نظرية التحريف شروط¹⁴⁰ تتمثل عموما في وجود مستند كتابي مبين موضوع مصعوبه وعباراته من جهة، وتعارض التأويل مع مصعوب المستند وتأثير التحريف في الحكم من جهة أخرى.

فلا يمكن للطاع للمسك بالطعن بالنقص للتحريف إلا إذا تحقق الأمر بمسند كتابي، أو وثيقة على أن تكون منتجة في الدعوى، أي غير مستبعدة لسبب ما - كالبطلان أو التصورية أو نحوهما - لأن التحريف لا يتحقق أصلا إلا بالمقارنة بين ما هو ثابت في المسند، أو الوثيقة وبين ما استنتجه منها قاضي الموضوع من وقائع.

ومن المبادئ التي ستر عليها قضاء للنقص أيضا في كل من فرنسا والمغرب، أن تأويل العقد الغامض يندرج كقاعدة عامة - في

¹⁴⁰ - للتوسع في تلك الشروط راجع:

- محمد لكهنور، رغبة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية: محاولة للتفسير بين الواقع والقانون، مرجع سبق، الصفحات: 529 و 539 ومن 553 إلى 559

إطار السلطة التقديرية لقاضي الموضوع الذي لا رقابة عليه من قبل محكمة النقض، بعكس تحريف العقد الواضح.

وبداه التحريف بعيد عدم صلاحية التأويل لمصموم المسند فمن هذا الشرط يستلزم من الأمور البديهية، لا أنه مع ذلك يلزم حتى يكون سببا للطعن بالنقض أن يتناول ليس فقط عبارات ثلثية ربما روحها. ثم إن قبول الطعن بالنقض في المستند أو الوثيقة في التحريف رهين بأن يؤثر في النتيجة التي انتهى إليها قاضي الموضوع الشيء الذي لكه المجلس الأعلى في أحد قراراته¹⁴¹ دأبا إلى أن "التحريف لا يشكل مصادرا في الحكم إلا إذا ترتب عليه تأثير في اتجاه المحكمة."

3- التحريف لدى محكمة النقض

لقد كان أول قرار صدر عن المجلس الأعلى متعلقا بتسأل التحريف، بتاريخ 29 أبريل 1958 لما نقضت الغرفة المدنية حكما لأقاضي الموضوع صدر عدد بأمين صريح وواضح ورتب عليه آثارا متتالية ومضمومة¹⁴².

وعلى غرار محكمة النقض الفرنسية، فإن المجلس الأعلى كان قد وسع هو الآخر من نطاق تطبيق نظرية التحريف، فجعلها تشمل فضلا عن العقود، مستندات أخرى كالحجة الكتابية ومذكرات الخصوم ومحاضر الخبرة.

141- رجع قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 6 أكتوبر 1981، المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 30 من 71.

142- انظر في ذلك محمد الكتيوري، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المرافعة المدنية - معارضة للتعيين بين الواقع والعلو، رجع سابقا، للمصنفات: 545 ومن 546 إلى معارضة للتعيين بين الواقع والعلو، رجع سابقا، للمصنفات: 545 ومن 546 إلى

ولما يتعلق بالعقود، فإنه كان يميز بين المهمة منها والوصية
 في النسبة للأولى، يتنوع قاضي الموضوع بمسئلة تفسيرية وليس
 لاستنتاج مصورها من رقابة عليه من المجلس الأعلى¹⁴³ علما أنه
 يتعين عليه في حدودها، تسبب الوقائع التي استنتجها من بسوء العقد
 كبرية ملوثة؛ وبحصوص الثانية، يمكن القول أنه لا يحوز للقاضي
 تحريفها بدعوى تفسيرها، الشيء الذي أكده المجلس الأعلى في العبد
 من قراره¹⁴⁴

لما عر الأساس الذي ارتكز عليه فيما بعد¹⁴⁵ في نقص الأحكام
 بسبب التحريف، يتجسد بنفسه للعقود في الفصل 46 من قانون
 الالتزامات والعقود، وإذا تعلق الأمر بمسئلات أخرى غير العقود، فإنه
 يعتمد على قواعد التسبب، فيعتبر الحكم منعدم التعليل، كما نقصي بذلك
 بعض قراراته في هذا المضمون¹⁴⁶

¹⁴³ قضى المجلس الأعلى في نوره صدر بتاريخ 24 يناير 1968 - المنشور
 بمجلة القضاء والقانون، العدد 109 - 110، ص 475 - من:

"المحكمة بما لها من سلطة تفسيرية استنتجت ما تعلق عليه طرفان بدون ارتكاب
 أي تحريف للعقد، إذ لم تتجاوز ما لها من حق في تأويل العقد عند الإجمال
 وإنهم"

¹⁴⁴ منها فقرة الصادر بتاريخ 26 مارس 1964 - المنشور بالمجلة المغربية
 للقانون - سنة 19 - الذي جاء فيه ما يلي:

"إذ كان يمكن قاضي الموضوع لتفسير للعقود التي حررها الأطراف قبله لا
 يستطاع تحت ستار التفسير تحري بوجدها الواسعة"

¹⁴⁵ كان المجلس الأعلى في بداية عهده يستند إلى الفصل 230 من قانون
 الالتزامات والعقود الذي يقوله لمدة 134، من القانون المدني الفرنسي - لإيقاع
 نقص بسبب التحريف، معكيا في ذلك بنفس النهج الذي كانت تملكه محكمة
 النقض الفرنسية في الموضوع.

- رجع في هذا الشأن
 محمد الكشور رقابة لمجلس الأعلى على أحكام الموضوع في المواد المدنية؛
 محاولة للتوصل بين الواقع والقانون، من المراجع السابق، ص 552.
¹⁴⁶ منها قراره الصادر بتاريخ 19 ماي 1982 - قرار عدد منشور - الذي سحر
 في على:

المقالة الثانية: تكييف العقود

إن التكييف عملية يضطلع بها لخص قاضي الموضوع وهي ليست في الواقع إلا تنويعا لعملية التفسير، ذلك أنه لا ينشأ من الناحية القانونية إلا بعد استقراء هذه الأخيرة، لأنه لا يستماع تكييف العقد بكونه بيع أو كراء مثلا لا بعد استقراء العاية التي يسعى إليها المتعاقدون أثناء إبرام العقد من خلال الوصول إلى النية المشتركة لديهم، وبالتالي على تحديد مصعبو العقد وكذا رصد القواعد القانونية الواجبة للتطبيق عليه فيما هو رهين بصحة الوصف الذي يصعبه القاضي على موضوع العملية التعاقدية.

أولاً: مفهوم تكييف العقد ونطاقه

1- تعريف التكييف

يقصد بتكييف العقد، تلك العملية التي ينبغي للقاضي من وراءها جمع وصف قانوني سليم على التصرف الذي جرت به الأطراف للمتعاقد. إن هذه عملية قانونية تهدف منها إعطاء للعقد الوصف القانوني الذي يتفق مع ماهيته ومع النتيجة التي ارتضاها المتعاقدون إثر إتمامه، أو عملية بجهادية تتطلب من القاضي فهم الواقع والقانون من أجل تطبيق الثاني على الأول، لأنه لا يستطيع أن يصبغ القانون إلا بعد تكييف الواقع تكييفاً صحيحاً.

غير أن القاضي ليس مجبراً على التقيد بتكييف المصمم، أي بصبغه العقد الظاهرة، وإنما له الصلاحية لإعطائه الوصف الذي يراه

¹ المحكمة حلفت مقال الاستئناف تعريف يجعل لقول سعيه التعليل وعمره للنفس

ملائمة للظروف التي تم فيها إبرامه، لأن العبرة بالتكييف الذي يعمل به هو لموضوع العقد وليس لذلك الذي يتعمد أطرافه¹⁴⁷

وبالنسبة للعقد، فإن الهدف من تكبيعه هو معرفة طبيعته، ومن ثم ضبط القواعد التي يلزم تطبيقها عليه، فهو كأن مثلاً عقداً مسمى بحريته عليه الأحكام الخاصة به أو للقواعد العامة - حسب الأحوال - أما إذا كان عقداً غير مسمى، فيتم العمل بهذه الأخيرة وكذا بما اتفق عليه الأطراف¹⁴⁸

147- أحمد إدريوش، نص المرجع المذكور في الهامش السابق، الصفحات 53 و 57 و 58 و 60

- عبد القادر العرعري، مرجع سابق، ص 263 و ص 264.

148- أحمد إدريوش، من أجل دراسة العقود المصماء، مرجع سابق، ص 56. وفي موضع آخر - ص 34 من نص المرجع - يعبر عن نفس الفكرة بقوله: "الفانون يلزم القاضي بأن يطبق الأحكام العامة على مختلف العقود، والأحكام الخاصة على ما سمي منها، وبالنسبة لما لم يوضع له اسم منها فلا تطبق عليه تلك الأحكام الخاصة إلا من قبيل القياس بالنظر إلى التماسك بينها وبين العقود الخاصة...".

ويذهب أحد رجال القانون إلى أن:

"الفانون لا يقتصر على وضع قواعد عامة للعقود، وإنما يستلزم بعض العقود بنصوص خاصة - كالبيع والإيجار والشركة وغيرها - وفي هذا التنظيم للعقود الخاصة، يطبق المشرع للقواعد العامة للعقود على العقد الذي ينظمه، بالإضافة إلى القواعد التي يستلزم تطبيقها على هذا العقد دون غيره، والتي تستلزمها خصوصية الحكم لحاص دون الحكم العام... والعقود التي لا ينظمها القانون والتي تسمى في الفقه عقوداً غير مصماء، تحكمها القواعد العامة للعقود التي تنظمها نظرية الالتزامات والعقود...".

- إدريوش العلوي المدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 79 و ص 80.

2- نطاق التكيف

إن التكيف يرتبط بتطبيق القانون، وما دام القاضي يسمى إلى استخلاص معانيه، فإنه لا يقضي بحكمه فيما يفرص عليه من وسائل إلا بعد إعطائها الوصف الصحيح، كما أنه ليس حكرا على العقود وحده بل هو عملية هية تطرح بالمسبة للقانون بشكل عام، غير أنه يؤكد مصوره بقوة وبشكل حاصر في القانون المولى الخاص والقانون الجنائي وقانون المسطرة المدنية.

ثانيا، حالات تكيف الأطراف للعقد¹⁴⁹

إذا كان التكيف يعد عملية سهلة متى انصب على عقد مسمى أو بسيط، فإن الأمر يكون على خلاف ذلك عندما يتعلق التكيف بعقد غير مسمى أو مختلط بحكم من تحديد الطبيعة القانونية لهذا النوع من العقود -العقود غير المسماة والعقود المختلطة- يتطلب مجهودا أكبر من أجل إصغاء الوصف الحقيقي على العملية التعاقدية.

فقد يحصل أحيانا أن يخطئ المتعاقدان فعلا في إصغاء الوصف القانوني الصحيح على العقد، أو يفصلان إعطاء وصف غير الوصف الحقيقي تحايلا منهما على القانون، وقد يكون الاتفاق المبرم بينهما عبارة عن مزيج من عقود مختلطة وفي هذه الفرصيات وبحود يتمثل دور القاضي في التحري عن الوصف الحقيقي للعقد استنادا إلى الضوابط المميزة لكل واحد على حدة.

¹⁴⁹- انظر تقصير حالات تكيف العقود لدى.

- أحمد لاريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 78 إلى ص 96.

١- حالة الخطأ في التكيف

من صور الخطأ في التكيف وصف عقد بأنه غير مسمى في
لغة مسمى أو إعطائه اسما معينا فإذا به عقد آخر مسمى أو حلق اسما
عليه بينما هو عقد غير مسمى¹⁵⁰.

وعلى القاضي أن يصحح الوصف الخاطئ الذي أضاع المتعقدون
على اتفاقهما وذلك بتفسير هذا الأخير قصد الوصول إلى الوصف
القانوني الصحيح. وتعتبر آخر، فإن القاعدة المتأصلة في قصائد
وتشريعات العبرة في التكيف هي بحقيقة التعاقد طبقا للقانون لا بما
وصفه الأطراف¹⁵¹.

150- في هذه الحالة يكون ذلك عقد واحد خطأ لمتعقدان في وصفه، وعلى
القاضي تصحيحه من تلقاء نفسه تحت رقابة محكمة النقض - دون حاجة إلى إلقاء
عبء الإثبات على أي منهما.

- أحمد فريوش، منقول لدراسة قانون العقود المسماة مرجع سابق، ص 83.
151- في هذا السياق جاء في حكم قديم للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء الصادر
بتاريخ 4 أبريل 1957 - المنشور بمجلة المحاكم المغربية للعدد 1217، ص 121 -
ما يلي:

"في العبرة في تحديد الطبيعة القانونية للعقد، ليست بما يعطيه له الأطراف، وإنما
بطبيعته بحدوده، لذلك فإن تعاصي غير مرم بالوصف الذي يعطيه الأطراف للعقد
ولمما له أن يكونه للتكيف القانوني السليم، ولي يرتب على ذلك مجموع النتائج
الآتية"

والجس المجلس الأعلى في قرار له صدر في 20 أبريل 1966 وشعر بمجلة
النساء والفنون العدد المزدوج 85- 87 سنة 1967، ص 289 - بأن:
"لمحكمة الموضوع الحق في ألا تعتبر في العقود إلا معاد دون مبادءها، وإنما
عند فرط بأن العقد المبرم بين الطرفين عقد كراء لا عقد شراكة، تكون قد
صححت الوصف بالنسبة للتعبير المناسب".

ومن مميزات هذه القاعدة في تشريع تفكر مثالا في فقه به الفصل 600 من قانون
الائتمات والعقود في باب العقود لبعض الأنواع الخاصة من البيع نولا: بيع
التبني - من الله.

في حالة التكليف بخير الصحيح المتحل

فإن هذه الحالة أن يلجأ المتعاقدان إلى اظهار نصهما تحت اسم
 في معبر مستتر في هذا آخر ميرما بينهما في المبر، لو أن نصيب
 صمد صهر المشرورية بتحليله في على قاعدة قانونية، لا يكون امام
 يسمى بالصوريه¹⁵² التي تعني تعمد المتعاقدين إحقاء ما اتفقا عليه
 من بحث مستتر عند ظاهر لا يرتبطان بحكمه¹⁵³ ويسمى على ذلك
 رجوع عن حددهم مستتر، وهو ما اتجهت إليه إرادة المتعاقدين
 حقيقة، ر الآخر صوري لبرمه تحايلا منهم على الغير، فيؤخذ بالأول
 رجوع فيما بين الطرفين ويأثني في مواجهة الغير¹⁵⁴.

ترسمي الاتفاق بيع الثناء مع كونه يتضمن في الحقيقة راء، فليس فثار هذا
 الاتفاق تضمن في العلاقة بين المتعاقدين لاحكام فرض الحيزي للمقول أو الزمن
 الرسمي، وفق بطرود الحال، لكن هذا العقد لا يمكن أن يحتج به على الغير إلا إذا
 كان قد أبرم على الشكل الذي يتطلبه قانون نظام الزمان الحيزي على مقول أو
 الزمن الرسمي".

وب يمس عليه الفصل 16، 1 منه في باب الصلح، حيث ورد فيه أنه
 "إن كان لاتفاق الذي سمي صلح يتضمن في الحقيقة ويرسم العيرت المستعملة
 هبة أو بيع أو أية علاقة قانونية أخرى، وجب أن يطبق على ذلك لاتفاق بالنسبة
 إلى صحنه وأثره، الأحكام التي تنظم العقد الذي أبرم تحت اسم الصبح"
 152 بين المشرع حكم الصورية في الفصل 22 من قانون الالتزامات والعقود
 كالتالي:

"الاتفاق المبرية المعارضة أو غيرها من التصريحات المكتوبة، لا يكون لها أثر
 إلا بين المتعاقدين ومن يرثهم، فلا يحتج بها على الغير إلا أن يكون له علم بها
 ويحيز الخلف الخاص غيرا بالنسبة لأحكام هذا الفصل".

153 كل يقع ملك على التنازع مع أحد من الغير على بيع حصته، وأصبح يستقي
 لشركاء من معلومة حق الشفعة، بحيان للبيع بصرف ظاهر هو الهبة
 154- بموجب المبر إثبات العقد للمستتر، والممسك به فيما لو كتب له مصلحة في
 ذلك، غير أنه إذ كان سيء لاية، بل كان تعقد مع أحد طرفي العقد مع علمه
 بالصورية، فإن بحكم العقد المستتر هي التي تسري عليه،

- أحمد لريوتر، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق ص 82

وهكذا، إذا كان القاصي مدعوا إلى تصحيح التكليف الحدوث
يتعين عليه من باب أولى أن يرد التحايل على القانون عن طريق
التقيد بالوصف الذي أعطاه الأطراف للعقد تحايلا منهم على القانون.

وبتعبير آخر، إذا كانت الصورية تتفق مع التكليف غير المسمى
في أن المتعاقدين يعطيان للعلاقة القائمة بينهما صما غير اسم العلامة
الحقيقية التي تربطهما، إلا أن العارق بينهما يكمن في أن هذه الأخيرة
تكون في الصورية مخفية تماما تحت ستار العلاقة المعلن، أما في
التكليف غير الصحيح فإنها تكون ظاهرة في عبارات العقد ومشرورة
بما لا يتفق مع الاسم الذي أطلقه المتعاقدان على هذه العبارات
والشروط.

وإذا كان لا يجوز للقاصي أن يحكم بالصورية ما لم يتمسك بذلك
صاحب المصلحة في العقد الحقيقي وبعد إثبات وجود هذا العقد فإنه
يتعين عليه أن يكيف العقد من تلقاء نفسه تكييفاً صحيحاً مستنداً إلى
شروط العقد المعلن ذاتها، ويترتب على ذلك أن الطعن بالصورية لا
يمكن التمسك به لأول مرة أمام محكمة النقص، في حين يخضع تكييف
القاضي للعقد لرقابة هذه الأخيرة.

3- حالة تكييف العقد غير البسيط

من المعلوم أن العقد البسيط يخضع للأحكام الخاصة به متى كان
مسمى، أما إذا كان غير مسمى فيمكن أن تستند إليه في الحدود
المقبولة - أحكام العقد المسمى التي ترتبط به من حيث الموضوع، إلا
أنه قد لا يكون العقد بسيطاً بل مختلطاً، أي يشتمل على عقود امتزجت
كلها فأصبحت عبارة عن عقد واحد¹⁵⁵ حيث يعتمد إما "منهج التكييف

155 - أن الأمثلة كثيرة على هذا النمط من العقود، مثل إبرارها عقد للمصايف الذي
هو مزيج من عدة عقود: بيع للملك والمأجر، وإيجار للعرق، وعمل بالنسبة
للخدمة، ورديمة بالنسبة للأمتعة

للتوزيعي" بمعنى أن أحكام مختلف العقود التي يتشكل منها العقد موضوع التكليف تكون هي الواجبة التطبيق، أو "منهج التكليف الشامل" الذي بمقتضاه يغلب القاضي أحد العقود باعتباره العنصر الأساسي في العقد المختلط، وما عداه يكون ثانوي وحسب.

ثالثاً: موقف محكمة النقض من التكليف

رغم أن إجماع رجال الفقه القانوني محي فرساً - يكاد يعتقد حالياً على أن التكليف صل قانوني، إلا أن المسألة عرفت جذلاً حلاً، وبالمسبة لمحكمة النقض، فيبدو أنها تسير في اتجاه يُلخص في مراقبة التكليف واستثناء يترك أحياناً ولاعتبارات خاصة، للمسطة التقديرية لقاضي الموضوع

1- التكليف الخاضع لرقابة محكمة النقض

يُحصى لرقابة محكمة النقض - حسب المنق عليه فقها وقصاء - ورغم عدم وجود بصوص تشريعية تقضي بذلك - تكليف وقائع النزاع بالإصافة إلى تكليف الأحكام والدعاوى، والمسؤولية، وبعض عناصرها ثم العقود.

وفيما يتعلق بهذه الأخيرة، فإن الوصف الذي يتسلك به أطراف النزاع لو يتفقون عليه لا يقيد قاضي الموضوع، الذي يتعين عليه أن يبحث عن التكليف القانوني الصحيح للعقد مستنداً في ذلك إلى عناصره وكذا إلى الظروف التي رافقت إبرامه، وهو في نشاطه هذا يجمع لرقابة محكمة النقض¹⁵⁶.

- محمد كشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في لموا المدنية - محاولة للتعبير بين الواقع والقانون، مرجع سابق، الصفحات 299 و 320 و 321.
156 - في هذا المعنى، جاء في قرار للمجلس الأعلى الصادر في 7 يبر 1976 المنشور بمجلة المعيار - العدد 1 - ص 43 وما بعدها - أن:

2- التكيف غير الخاص لرقابة محكمة النقص

تخرج الكثير من التكييفات عن رقابة محكمة النقص وتندرج
لمصلحة قاضي الموضوع التقديرية، إما لأن المسألة تتعلق مثلاً بوقف
بحنة، أو بحالة نفسية، أو بتقدير كمي، أو لأنها تحتاج إلى حرية فنية
وعلى هذا الأساس، فإن قاضي الموضوع يستقل بتقدير سوء النية ومنع
التعويض في المسؤولية المدنية ومبلغ النفقة، غير أنه ملزم - من حيث
التعويل - بأن يبين في حكمه العناصر التي أوجب عليه المشرع
مراعاتها¹⁵⁷.

الطبيعة القانونية للعقد رهينة ليس بالتحديد الصادر عن الأطراف وإنما بالطبيعة
المستخلصة من بنوده، لذلك فإنه على قاضي الموضوع أن يحدد هذه الطبيعة وأن
يستخلص من هذا التحديد الآثار القانونية أو الاتفاقية التي تولدها هذه العقود.¹⁵⁷ أنظر:

محمد كشور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية؛
محقولة للتصديق بين الواقع والقانون، مرجع سبق، من ص 330 إلى 332.

المبحث الثاني العقود المسماة ومظاهر تطورها

يهدف من وراء دراستك لهذا المبحث تبيان ماهية العقد العسيمي ومحاولة العمل على إبراز ما إذا كانت العقود العسيميّة قد تمكنت من أن تستقل بإطار قانوني خاص بها من شأنه أن يشكل نظرية عامة تضاهي النظرية العامة للالتزامات والعقود، تدعى بقانون العقود المسماة.

المطلب الأول ماهية العقد المسمى

ينحور هذا المطلب حول تسليط الضوء على المفهوم المسمى في التشريع والفقه، وعلى صوابه، ماهية عن تبيان لأهمية التي تسر عنها التفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى، وهي المسائل التي سنطرق إليه تباعا كالآتي:

الفقرة الأولى: مفهوم العقد المسمى

من الملاحظ، أن العقد المسمى غالبا ما يتم تعريفه انطلاقا من تمييزه عن العقد غير المسمى، مع أن الاعتبارات التي كانت تعد بمثابة مبررات مقبولة لهذا التمييز بين النوعين من العقود في ظل القوانين القديمة خاصة منها القانون الروماني، لم تعد كذلك في التشريعات الحديثة.

أولا: تعريف العقد المسمى في التشريع

لا يخفى أن للمشرع المعربي أسلوبه الخاص في صياغة وصياغة النص القانوني بحيث يقرأ ما يعمد إلى التعريف، لذا لا غرو أن الفناء قد تعد عن تبيان مفهوم كل من العقد المسمى وغير المسمى، في حين حرصت تشريعات أخرى، امتدت بالأمر، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لقانون الموجهات والعقود الليباني الذي ينص 158 على أنه: "تكون العقود مسماة أو غير مسماة، حسبما يكون القانون قد وضع أولم يضع لها تسمية وشكلا معينين. وتطبق القواعد المقررة في القسم الأول من هذا القانون "أي القواعد المتعلقة بالالتزامات بوجه عام" على العقود المسماة وغير المسماة، أما القواعد المذكورة في القسم الثاني "القواعد

158 في المادة 175 منه.

منه وبتعريف

الموسم في العقود الخاصة - المدة المدنية والتجارية والبنكية

تفسير المصطلحات
وهو تفسير

كاسر
تعد بمس
القوانين
سريعت

مادة
جاء
ن
ة

مقدمة بالعقد المسماة "فلا تطبق على العقود غير المسماة إلا من قبل
موسم وبالنظر إلى التلخيص بينها وبين العقود المسماة للمعينة".
والقانون المدني المصري الذي يفصلي 159 بأنه:
تتبع العقود سواء كانت مسماة أو غير مسماة للقواعد العامة الواردة
في هذا الباب أي الفصل الثالث من الكتاب الثالث من القانون المدني
يعني هي العقود ولا تفر امتث المعاقبة بوجه عام".
متصل للقواعد الخاصة ببعض العقود في الفصول الخاصة بها من هذا
قانون 160.

ثانيا: أسلوب الفقه في تعريف العقد المسمى

إن العقد يكون مسمى إذا ما كثر تداوله في الحياة العملية إلى حد
الشهرة ولو لم يدور المشرع أحكامه. أما تسميته فلا تعدو أن تكون
تسمية شكل لا تسمية موضوع العاية منها تشجيع التعامل به حتى إذا
شاع تداوله بين الناس ارتقى في قلعة العقود المسماة¹⁶⁰.

غير أن الصيغة المألوفة في كتب القانون المدني تتمثل -
بالنسبة لهذا النوع من العقود - في أن العقود المسماة هي التي نظمها
المشرع ومبرها عن غيرها باسم وأحكام خاصة، فضلا عن الأحكام
الواردة في النظرية العامة للعقود، بخلاف العقود غير المسماة التي لم
يميزها عن غيرها باسم ولم تظفر منه بتنظيم خاص، وإنما تحصص
للقواعد العامة للعقود¹⁶¹ ويتعد حصرها نظرا لما للأفراد من حرية في

159- في المادة 1107 منه.

160- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، الطبعة الثالثة. طبعة
مريدة ومنقحة. سنة 2001، ص 17 و 18.

161- قبل أن يتكفل المشرع بتنظيم العقود المسماة الأكثر شيوعا وتدولا في
المعاملات، والتي تتطلبها حاجات الناس، من أحكاما أساسية للعقد ضمن نظرية
عامة تشمل العقود أيا كانت صورها، تطبق على هذه الأخيرة ما لم يرد بشأنها
حكم خاص.

إبرام ما يتعارف من تقاليد في حدود النظام لعدم والأدب، وهي من محتظة بوصفها إلى أن يعبر لها المشرع اسما وينولاه بالتنظيم المعنى الأخير حسبما يندر، يتحور حول صابطين ترتكز عليهما العدة المسماة نون العقود غير المسماة؛ ألا وهما الاسم والتنظيم.

ومما تجدر الإشارة إليه، أنه إذا كان رجال الفقه الفرنسي قد عتمدوا نفس المبدأ للعقود المذكورة لمدة طويلة، إلا أنهم منذ العشرينات عولوا على عدة النظر فيه واستبداله "بالعقود الخاصة"¹⁶².

الفقرة الثانية: ضوابط العقد المسمى

يترتب على تسميته المشرع لبعض العقود باسم خاص مميز لها ستعدا غيرها مما لم يظهر بذلك، كما أن تدخله لتنظيمها يكون من أجل تحقيق أهداف معينة.

أولاً: ضابط الاسم

من سمات العقود المسماة أن الأطراف المتعاقدة تكتفي بالاتفاق على المسمات الأساسية بينما تترك الأمور التفصيلية التي تكفل بها المشرع أو جرى بها العمل أو استقر عليها العرف أو القضاء، أما في العقود غير المسماة فيلزمها أن تبين بدقة مختلف أحكامها.

- فريس الفري الحلوي، شرح القانون المدني: لنظريه العامة للانترام: نظريه
الحدود مرجع سابق، ص 130 ومن 131
162- عبد القادر المرعراوي، مرجع سابق، ص 41.
- جيزوم هوييه، مرجع سابق، ص 21 و ص 22.
فريس الفري الحلوي، المبدلوي، شرح القانون المدني: لنظريه العامة للانترام: نظريه
المقد، مرجع سابق، الصفحات 129 و 130 و 131.
- عبد القادر المرعراوي، مدخل لدراسة قانون العقود المسماه، مرجع سابق، ص 19.
-94-

ثانياً ضوابط التنظيم

بعد تنظيم المشرع لعقود ما أبعث لها لاسيم وأنه غالباً ما يقر ما كانت عليه الممارسة التعاقدية وبصوغه في نص تشريعي متوخياً من وراء ذلك تحقيق مقاصده التي يمكن القول إن من ضمنها التيسير على المتعاقدين بوضع قواعد تفصيلية سمكة يمكن مخالفتها بموجب الاتفاق أو العرف - لتنظيم معاملاتهم، وتسهيل مهمة القاضي في تطبيق القواعد القانونية المناسبة على العقود المتنازع بشأنها، وتوضيح ما غمض من القواعد العامة، وتطوير العقد في الاتجاه الذي يرى أنه الأولى بالاتباع بل ولاعتبارات تتعلق بالنظام العام أو بالعقد المسمى نفسه يخرج للمشرع في العديد من الأحوال عن القواعد العامة¹⁶³

المقرة الثالثة: أهمية التفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى

سنولى في إطار هذه الفقرة استجلاء هذه الأهمية في كل من القانون الروماني والقوانين الحديثة وبذلك تناعاً كالآتي.

أولاً: في القانون الروماني

كانت التفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى، أهمية كبيرة في إطار القانون الروماني. فطرا لأن الثاني بعكس الأول، كن لا ينم إلا إذا قام أحد الطرفين بتتيد ما اتفق عليه مع الطرف الآخر، بحيث لا يوجد العقد قبل ذلك.

163- أحمد الربوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسمى، مرجع سابق، الصفحات: 24 و 25 و 26.

- سمير عبد السيد قدس، عقد البيع، طبعة سنة 2005، من ص 8 إلى ص 0 للمزيد من التفصيل بشأن ضوابط العقد المسمى.

- انظر نفس المرجع المذكور في الهامش السابق، من ص 23 إلى 32.

ويعزى هذا إلى الطبيعة الشكلية للقانون المذكور الذي لم يرد سوى العقود الشكلية - العقد الكتابي والعقد اللفظي أو الاشتراط المبرر وعقد الاستئانة - وهذه من العقود الرضائية - المتمثلة حصراً في القرض والإيجار والشركة والوكالة - والعقود العينة كالقرض وعارية الاستعمال والوديعة، وهي إن شئنا "العقود المسماة" التي كانت تتمتع في ظلها بالوقاية الإرادية وبدعوى تحميها¹⁶⁴.

ومع تطور الزمن ظهرت أنواع من العقود غير المسماة¹⁶⁵ - التي كانت تتميز لدى الرومان بكونها لا تقوم ولا تصير ملزمة من لزم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه إذ عتد بحق له إجبار الآخر على الوفاء به تعهد به، استناداً إلى دعوى خاصة - موحدة بالنسبة لجميع العقود غير المسماة¹⁶⁶ - خولها لها القانون، ألا وهي "دعوى العقود غير المسماة"¹⁶⁷.

164- انظر في هذا المنصر:

- جيروم هوييه، مرجع سابق، الصفحات 9، 10، 23.

- تريس الطوي للبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 129.

165 - لم تكن العقود غير المسماة تندرج ضمن العقود الشكلية أو العينية أو الرضائية، وإنما هي زمرة من العقود التي تشمل على سبيل المثال، التبادل والمقايضة، والهبة بعوض والصلح، انظر في هذا الصدد:

- تريس الطوي للبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 129.

- جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 23 وهاشمتها ثم ص 24 وهاشمتها.

- أحمد فريش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 21 و ص 22.

166 - أم بالنسبة للعقود المسماة، فكانت لكل عقد دعوى خاصة به استند تسميته بها.

- أحمد فريش، مدخل لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 21.

167 - تريس الطوي للبدلاوي، شرح القانون المدني: النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد، مرجع سابق، ص 129 و ص 130.

تفاه في القوانين الحديثة

في معرض الحديث عن القيمة القانونية للتمييز بين العقد المسمى
والعقد غير المسمى قيل:
"في تعارفا كهذا بين العقود المسماة والعقود غير المسماة لم يعد قائما
اليوم، بعد انمحي عندما تغلبت الرصائية على الشكلية الموروثة عن
القانون الروماني، بما في القانون الحديث، فلم يعد هناك فرق بين العقد
المسمى والعقد غير المسمى، إذ كلاهما يتبع بمجرد تراضي المتعاقدين
لا في العقود الشكلية وما بقي من العقود العيبية".

وعليه، فإنه لم تعد لذلك التمييز نفس الأهمية في القوانين الحديثة
لأن كلا من العقد المسمى وغير المسمى يحصص للقواعد العامة التي
تطبق على مختلف العقود، بل لا قيمة له ضمن نظام قانوني يحمي
جميع العلاقات غير المخالفة للنظام العام.

وهكذا، فإن صياغة قواعد عامة تطبق على جميع العقود، قوامها
مبدأ الرصائية في تكوين العقد وأساس بفاذه، لم يقلل من أهمية مفهوم
العقد غير المسمى بقدر ما أعطاه لأساس القانوني الذي كان
ينقصه¹⁶⁸.

- خيروم هوييه، مرجع سابق، ص 23 وص 24.

- أحمد أريوش، مرجع سابق، ص 21.

168 - أنظر في هذا المعنى:

- خيروم هوييه، مرجع سابق، ص 25.

- أحمد أريوش، ملحق لدراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، الصفحات:

20 و 22 و 23.

المطلب الثاني

ملامح تطور العقود المسماة ومصادرها

إن دراستنا لموضوع هذا المطلب لا تعني أننا سنتتبع مسار العقد المسمّى في تكوينها ونموها في ظل مختلف التشريعات، بل ما يقصده هو التعرف عند البعض منها خاصة القانون الروماني والفرنسي والمغربي - لمعرفة مدى موقعها في إطارها.

الفقرة الأولى: نطاق العقود المسماة

يكمن الهدف من وراء هذه الفقرة في إلغاء الصعق على نطاق العقود المسماة في كل من القانون الروماني والفرنسي والمغربي.

أولاً: في القانون الروماني

كانت الشكلية هي السمة التي طبعت القانون الروماني، إذ هي القاعدة العامة في العقود ومصدر قوتها الملزمة هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، فإنه لم يحنو على نظرية عامة للعقد، بمعنى أنه في مراحل تطوره لم يتوصل إلى صياغة نظرية عامة للعقود والالتزامات بل كل ما انتهى إليه هو الاعتراف بفئة من العقود المسماة الوليدة على سبيل الحصر - والتي تتجسد في العقود الشكلية والعينية والرضائية عموماً إليها سبعا وبعض العقود غير المسماة المقررة لها دعوى خاصة مشروطة من حيث ممارستها بضرورة تنهيد أحد الطرفين لالتزاماته.

وهكذا، كانت الأهمية للعقود المسماة وغير المسماة في غياب النظرية المذكورة¹⁶⁹

169- للمزيد من التوضيح في هذا الشأن، انظر - أحمد تريبوش، بحث في أصول قانون العقود المسماة، مرجع سابق، ص 106 إلى ص 108.

ثانياً في القانون الفرنسي

بما استقر سلطان الإرادة كمبدأ في القانون الفرنسي منذ القرن
الثامن عشر، عمد المشرع إلى صياغة نظرية عامة للالتزامات والعقود
مرتكزة على أساسه، أما بالنسبة للأحكام المتعلقة بالعقود المسماة، فكانت
تخبر بميزة تطبيقات لها ونماذج يسوع المتعلقين اختيارها أو
استبعادها، لا سيما وأنها تتميز بكونها مكتملة أو مفسدة لإرائيهما، مما
نتج عنه سمو للشرعية العامة على لأحكام الخاصة بالعقود المسماة¹⁷⁰

وبعد سنة 1804 شهدت العقود المسماة تطور ملموس، إذ من
ناحية تزايد عندها، فعلاوة على تلك التي احتوتها مدونة نابليون والتي
كانت شائعة في فترة للتدوين -البيع والمعاوضة والشركة والوسيلة
الوكالة وغيرها- تولدت عن التعامل التجاري عقود جديدة كالإكراه
التجاري والإشهار والمقاولة من الناطق، وما إليها من العقود -التي
استقي عد منها من القوانين الأنجلوسكسونية-¹⁷¹ التي تناولها المشرع
بالتطبيق بموجب نصوص خاصة.

ومن ناحية ثانية، هيمت على النظرية العامة للعقود إلى حد
أصبحت معه أحكامها هي الأساس في تبيان بعض القواعد العامة، كما
تجلى للقصور في البعض الآخر بحيث أضحي متحوزاً أمام كثرة
الأحكام الجديدة الخاصة -المتعلقة مثلاً بحماية المستهلك- مما حدا
بالعناء الفرنسيين إلى اعتبارها الوجه الآخر لأول تلك النظرية.

هذا فضلاً عن تكريسها لقيم جديدة تتمحور عموماً حول تحقيق
الحماية لعالم الأعمال والمستهلك، ولا أدل على ذلك الأحكام التي سنها

170- انظر في ذلك:

- أحمد التريوش، مدخل لدراسة تطور العقود المسماة، مرجع سابق، ص 108
وص 109.

- جيروم هوييه، مرجع سابق، ص 13.

171- وهي لدى الفقهاء الفرنسيين العقود التي تنتهي بـ: "log" مثل "leasing".

المشرع الفرنسي لحماية هذا الأخير من الإشهار الكاذب ومن التعصبية وذلك لكي توحى من ورائها تفويده الذم أمام المحررين

ثالثه في القانون المغربي

في الفترة السابقة على صدور ظهير الالتزامات والعقود، مرجع المعارضة في اتصيتهم ومعاملاتهم وعقودهم هو الفقه الإسلامي كما يوجه الفقهاء في شروحهم ومختصراتهم، والذي يتميز منهجهم في باب العقود بالاهتمام بخصوصية كل عقد من العقود الشائعة، أي أنه يصوغها نظرية عامة للعقد وإنما تناولوا مختلف العقود، ووصفوا كل منها اسما وتطبيعا خاصا.

فهم إن اعتنوا أكثر بالعقود المسماة، في حين تمجّل لغيرهم منهم تلك المحاولات المتعددة الرامية إلى إيجاد نظرية عامة للالتزامات والعقود، والتي تركزت بالفعل في بعض التشريعات المدنية الحديثة كالشريعة العراقية والأردنية.

وبالنسبة للمغرب، استمر انتشار الأحكام الخاصة بالعقود المسماة إلى غاية التتدريس، الذي حمل معه روح الاهتمام بنظرية الالتزامات والعقود، وليلتفتها مكان المصدرة.

لما عثر للعقود المسماة، فمن الملاحظ أنه بعد صدور ظهير الالتزامات والعقود، ظلت مجموعة من العقود المسماة التي كان العمل جاريا بها قبل خروج هذا الأخير إلى الوجود، قائمة، منها ما نظم بعض تشريعي خاص - كالأحبس - ومنها ما لم ينظم بعض خاص وهي تتعلق ببعض أنواع الاستقلالات العلاجية، أو هي شكل من أشكال الشراكة - كالمسكنة - هذا من ناحية؛ ومن ناحية ثانية، فإن تنظيم

172- أحمد أبو الوش، مدخل لأدلة فقه العقود المسماة، مرجع سابق، ص 109
و ص 110 و ص 117.

173- هوارة، مرجع سابق، ص 18 و ص 19.

المادة 10 من القانون رقم 17 لسنة 2006، والقانون رقم 17 لسنة 2006.
المادة 10 من القانون رقم 17 لسنة 2006، والقانون رقم 17 لسنة 2006.
المادة 10 من القانون رقم 17 لسنة 2006، والقانون رقم 17 لسنة 2006.
المادة 10 من القانون رقم 17 لسنة 2006، والقانون رقم 17 لسنة 2006.
المادة 10 من القانون رقم 17 لسنة 2006، والقانون رقم 17 لسنة 2006.

المادة الثانية: مصادر العقود المصممة

لا كس المشرع في جل لدول العربية قد حرص على تحديد
مرتبة المصطلح الرسمية للقانون العدلي¹⁷³ فإن الأمر ليس كمثل
بالنسبة للمشرع العربي¹⁷⁴ مما جعل قانون الالتزامات والعقود يظل ي

173- لأخذ فكرة عن الموضوع، انظر:

محمد فريوش، محل لدراسة قس العقود المسماة، مرجع سابق، المصنفات
11 و 117 و 120 و 121.

174- طمأنينة عند هذه المصطلح ورتبها في بعض الفواقي، من ذلك مثلا المادة 2
من المظهر الشريف رقم 96 83، الصادر في فتح غشت 996، بقصد القانون رقم
15 95 المعلق بملوية لتجارة - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 بتاريخ 1
أكتوبر 1996، من 218، كما تم تعديلها وتنقيحها من جهة أحكام القسم الرابع
المكرر بشأن الوكالة بالمعزلة في بدل النصاب بمقتضى المظهر الشريف رقم
170 106 الصادر في 22 نونبر 2006 بقصد القانون رقم 14 26 الذي سمى
وتنظيم القانون رقم 99 19 المعلق بملوية لتجارة - المنشور بالجريدة الرسمية
عدد 4480 بتاريخ 7 جتنير 2006 من 3761- من جهة أخرى أحكام المظهر
الشريف رقم 28، 6، الصادر في 25 غشت 2016 بقصد القانون رقم 15 49
الذي سمى وتنظيمها ومن أحكام خاصة بجل الآداء - المنشور بالجريدة
الرسمية عدد 6501 بتاريخ 9، فتنبر 2016، من 6647 التي نص على أنه
"يقتضي القانون المدني ما لم يتعارض قواعد مع المبادئ الأساسية للملكون
التجاري"

ورد في المادة 3 أنه

"ترجع الأعراف والمبادئ الخاصة والمخفية على الأعراف والمبادئ العامة"

على نكرة¹⁷⁵ تصدى لها للقضاء بإقراره "لمبدأ إدراجية قانون العقد".
إذ أن النوع الواحد منها قد يحضّر إمّا لظهير الالتزامات والمقصور،
للغة الإسلامي، ويأتي بعد أيّ مذهب العرف¹⁷⁶.
وعلى كل حال، يمكن القول إن مصدر للعقد المسمّاة تتصل فيما بين

أولاً، التشريع

تستمدّ الحقوق تطعيمها من التشريع كمصدر أساسي لها¹⁷⁷ ويعدّ
قانون الالتزامات والعقود في بلادنا، من أكثر القوانين المدنية تمسكاً

175- الحكم الوحيد الذي يرتبط بالمصادر، والذي تصعبه القانون المذكور، ورر
في الفصل 475.

176- أحمد فريوش، مدخل لدراسة قانون العقود المسمّاة، مرجع سابق، ص 132
177- جاء في الفصل 71 من الظهير الشريف رقم 11191 الصادر بتاريخ 29
يونيو 2011 بتفويض من الدستور - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5964 مكرر في
30 يونيو 2011 ص 3600- تحت عنوان: "سلطات البرلمان"، التي أوردتها
قصر في القرنين و 30 بداهة يلي:

الفقرة 1: "يخصّ قانون بالإضافة إلى المواد الممنّدة إليه صراحة بفصول أخرى
من الدستور، بالتشريع في المبادئ التالية:

- 1- الحقوق والحريات الأساسية المنصوص عليها في الدستور وفي فصول أخرى
من هذا الدستور
- 2- نظام الأسرة والحياة المدنية.

6 الجنسية ووسعي الأجانب.

7- تحديد الجرائم والمقوّمات الحرة عليها.

8- التنظيم القضائي وإحداث أبحاث جديدة عن المحاكم.

9- المسطرة المدنية والمسطرة الجنائية.

17- النظام القانوني لأصول العملة ونظم البنك المركزي.

19- نظام الالتزام المدنية والتجارية وقانون الشركات والتعاونيات.

20- حقوق الحياة وأنظمة الملكية العقارية العمومية والأخصاء والجماعية.

21- نظام النقل.

بمبدأ سلطان الإرادة في نطاق النظام العام، وهي مسحة واضحة في النظرية العامة للعقود¹⁷⁸ وكذا في القواعد الخاصة بمختلف الظروف المسطحة

وبالنسبة لهذه الأخيرة، يبقى الأصل هو حرية الأطراف في ارتضاء أي حكم يطبق على اتفاقهما، أو التكون إلى العرف، لاسيما في النصوص المتعلقة بها غالباً ما تشمل على ما يعد إمكانية لاتفاق على مخالفته تلك القواعد الخاصة، وإن كان هذا على شيء، فإنما يدل على أن ما سببه قانون الالتزامات والعقود من قواعد لتنظيم العقود المذكورة، إنما هو من قبيل لقواعد المكملة أو المفسرة لإرادة المتعاقدين، ومن ثم لا يتم إعمالها إلا عند عدم الاتفاق على مخالفتها أو في حالة عدم وجود عادة أو عرف مخالف

والجدير بالذكر، أنه تساهم في تنظيم العقود المسماة بروع أخرى من القانون الخاص وفق ما سبق بهانه - بأنك عن أن المشرع قد ينظم البعض منها بمقتضى تشريعات خاصة¹⁷⁹

- 22- علاقات العمل والصمان الاجتماعي وحريته العمل والامرس المهنية.
- 23- نظام لأسلاك وشركات التأمين والتعويضات.
- 24- نظام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات...
- الفقرة 2 "البرلمان بالإضافة إلى غيادين المشار إليها في لفقرة السبعة صلاحية التصويت على قوانين تضع إطاراً للأهداف الأساسية للنشاط الدولة في الميدان الاقتصادية والاجتماعية والبيئية والثقافية"
- وبص في لفقرة 72 على أنه "يختص المجال التنظيمي بالمواد التي لا يشملها اختصاص القانون"
- 178- أنظر أمثلة على ذلك في الفصول 19 و 488 و 491 و 620 و 628 و 683 و 98 من قانون الالتزامات والعقود
- 179- أحمد تويش، مدخل لدراسة قانون عقود المسماة، مرجع سابق، الصفحات من 135 إلى 138

ثانياً: المصادر الأخرى للعقود المسماة

كثيرة هي أحكام العقود المسماة التي نجد مصدرها خارج التشريع، حيث يكون مرجعها الفقه الإسلامي أو العرف أو الإجماع الفقهي.

1- الفقه الإسلامي

تختصن نظرية المعاملات في الفقه الإسلامي أحكاماً تفصيلية وأنواع عامة تكون في مجموعها ثروة هائلة تغطي فيها العقود والتصرفات بتصويب وافر.

ولذا كل الفقه الإسلامي حسب وجهة نظر البعض لم يعمل على نظرية عامة للعقود والالتزامات، فإنه مع ذلك تناول بأسلوب محكم وطريقة منهجية الأموال وأسباب الملك وتقويته وحدد للعقود كالتبعية والإجارة والمزارة¹⁸⁰ والشركة والعريضة والوديعة والقرض وغيرها - أركانها العامة والخاصة.

وفيما يتعلق بالتصرفات، فإنه جمع ضمن إطار التصرفات الشرعية التصرفات القوية وهي العقود وما يشابهها مثل الرقب والنذر وعمل الفصولي، والتصرفات الفعلية وهي الأفعال التي تكون سبباً للضمان كغصب مال الغير أو إتلافه.

وبالنسبة للعقود على وجه التحديد، فإن الفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك، يعد من جهة، مصدراً مستقلاً لقانون العقود، وبالتالي تطبيق

¹⁸⁰ - المزارة شركة في المزرع سمي في المحصول الزراعي - بين طرف وقسم الأرض وأحد يقدم للعمل المزرعي - ومن حكمها أن صاحب الأرض قد لا يحسن المزرعة والمزرع قد لا يملك الأرض، وبالتالي فإن المزرعة تليح حاجتهما مما مع ما في ذلك من تنمية لأرض، وهي من جنس المشاركات وليس من جنس المزاخرات.

- راجع بولس المصري، مرجع سابق، ص 230.

خيار
منه

الحكامه على العقود المشتبه للحقوق العينية العرفية، وعلى العقود المتعلقة بالمعاملات غير المحظرة لا فرق في ذلك بين الحقوق العينية والتحصية وعلى عقود الاستغلال التقليدي للأرض سواء في شكل شركة أو كراء كالتحصية والممارسة¹⁸¹ والمساواة¹⁸² ومن جهة ثانية، مصدرا مكملان، إذ أن هناك نصوص خاصة بحل عليه من بينها مثلا متبوعة الأسرة¹⁸³ ومدونه الحقوق العينية¹⁸⁴.

هذا فصلا عن أنه يؤلف مصدرا تفسيريا للعقود، بدليل أن النصاء في العديد من المناسبات، فسر حصول طهير الالتزامات والعقود

لوه
د

181- للممارسة عقد يعطي بموجبه مالك أرضه لأخر ليعرس فيها على نفقته شجرا معين حصص معبومة من الأرض والشجر يستحقها الغرس عدد بنوع الشجر حدد الإطعام ولا يمكن أن يكون محل عقد الممارسة حقوقا متضاعه.

ويجب أن يبرم في محرر رسمي، ويشترط صحته أن يعين نوع الشجر المراد غرسه، ويبين حصص الغرس في الأرض وفي الشجر

182- إذا بالمساواة دفع للشجر إلى من يصلحه جزء مطوم من أرضه. والشجر الذي يصلح للمساواة حسب اتفاق القهاء، هو الحين والكروم، لبرور ثمرهما وإمكان خرصهما، واحتلوا فيما يلحق بهما.

183- تنص المادة 400 من الظهير الشريف رقم 104.22 الصادر بتاريخ 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم 70.03 بميثية مدونة الأسرة المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 5 فبراير 2004، ص 8- كما عدلت المادة 16 منها بموجب الظهير الشريف رقم 16.2 الصادر في 12 يناير 2016 بتنفيذ القانون رقم 102.15- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6433 بتاريخ 25 يناير 2016، ص 420- على أن:

"كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العمل والمساواة والمعاذرة بالمعروف".

184- تنص المادة 1 من القانون رقم 39.08 لمتعلق بمدونة الحقوق العينية، بأنه:

"تتوي مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة بالعقار".

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود فيما لم يرد به نص في هذا القانون، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من لفقه المالكي.

في ضوء ما تنبذ به مقتضياته، كما فعل بخصوص مفهوم النظام العسـ
ونصرفات المريض مرض الموت وغيرهما.
ولقد المجلس لأعلى في بعض قراراته بأنه لا تطبق قواعد الفقه
الإسلامي¹⁸⁵ إلا في حالة عدم وجود نص في قانون الالتزامات
والعقود.

2- العرف

إلى جانب الفقه الإسلامي، يشكل العرف¹⁸⁶ مصدراً للعنـ
المسألة، ذلك أن جل القواعد التي منها لها المشرع تكتسي صبغة
مكمل، مما يفسح معه المجال لمحاكمها إما بالاتفاق على حكم مخالف، و
الركون إلى العرف والعادة المخالفين¹⁸⁷.
ولما كان المشرع من خلال تنظيمه لبعض العقود لا يفعل أكثر من
صيغة ما توافرت عليه الممارسة في باب المعاملات، فإنه يمكن
اعتبارها من هذا المنطلق مصدر للعقود المسماة¹⁸⁸.

¹⁸⁵ المراد من التفسير حول الفقه الإسلامي كمصدر للعقود، انظر:
أحمد تريوش، مبحث دراسة قانون العقود المسماة، مرجع سابق، من ص 141
في ص 149.

¹⁸⁶ في إطار التوسع لعمدة لعودة في قانون الالتزامات والعقود، ينص الفصل
475 على أنه

"أيسوع للعرف والعادة أن يحلوا لقانون في كل صريحا".

¹⁸⁷ - وتعتبر الاعرف كما هو معلوم مصدرا مهما للمصود للتجارية، ذلك أن
مظمها إما نشأ عن الممارسة التجارية.

¹⁸⁸ تطلق الممارسة القانونية على عمل رجال القانون الممارسين من محامين
وموثقين وحبراء ومستشارين قانونيين. الذين يحكم مهنتهم بمهرون على تفسير
القانون وتطبيقه على الأرواح التي يخرن به. أما الممارسة القانونية فمعد من
المزاد التجاري، مثلا مصدر، منها العقود المدنية التي نظمها المودة، كالعقود
البنكية وغيرها
للمزيد من التشرح في هذا الصدد، انظر

3- الاجتهاد القضائي

رغم أن تشريع لم يصر صراحة على الاجتهاد القضائي كمصدر للقانون بصورة عامة، إلا أن هذا لا يعني تعيب أي دور له، ونحن نعلم أنه لطالما سد ثغرات التشريع وطوره، وكثيراً ما ينلي المقترح الحلول التي اهتدى إليها أثناء إعادة صياغته لبعض النصوص¹⁸⁹.

وللاشارة، فله على عكس العقود المدنية الواردة في قانون الالتزامات والعقود، فإن لاتفاقيات دولية تشكل مصدراً مهماً بالنسبة لعقود أخرى، خاصة منها التجارية والبنكية، إذ لها تعتبر وسيلة فعالة لتوحيد قواعد القانون. وفي هذا الصدد، نذكر هيئات دولية -كلجنة الأمم المتحدة المتعلقة بالتجارة الدولية- على توحيد القوانين المرتبطة بهذه العقود.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن الاتفاقية سواء كانت ثنائية أو جماعية، ترجع على القانون الداخلي كلما حصص تعارض على أحكامهما، وهو مبدأ متصل في القانون الدولي العام، وكذلك في بعض القوانين الداخلية -كقانون المسطرة الجنائية¹⁹⁰ ومدرسة العمل¹⁹¹

- أحمد درويش، محل دراسة قانون العقود المدنية، مرجع سابق، من ص 150 إلى ص 156

Philippe Maurice Laurin Synès OP.cit p 19

189 - أنظر نص المرجع المذكور في هامش السور، من 156 و ص 157
190 - أنظر الفصل 713 من الظهير الشريف رقم 02.255، الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتعديل القانون رقم 22 01 السعوي بقانون المسطرة الجنائية -المشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، من 319 كم عد بالمقاييس رقم 10 36 و 10 37 و 35.11 الصادرة في إصدار محطه بإصلاح القضاء سنة 2011.

191 - أنظر نيداجه الظهير الشريف رقم 94 03 الصادر بتاريخ 11 شتنبر 2003 بتعديل القانون رقم 65 99 المعلق بمسودة العمل. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5167 في 8 جويلية 2003، ص 3969

الفصل الثاني نماذج من العقود المدنية

مع أن قانون الالتزامات والعقود يحمل بين ثوابه تريبا يضرب
بجنونه في القدم، إلا أنه رغم توالي السنين وتصارع التطورات لم
يعرف تحولا جوهريا يسهله في رفع التحديات التي يفرضها العالم
اليوم. فهو من خلال سبته التقليدية التي لم تعد ملائمة لمطلبات التنمية
الاقتصادية ولا متسجمة مع النظام القانوني المعاصر وواقع المعاملات
الحديثة - بحسب صورة لتعطل الآلة التشريعية - على الأقل بالنسبة إليه -
وعند مسيرها لركب العلوم الحديثة التي مكنت النقط الآلي من غزو
العالم، فصارت الآلة في يومنا هذا تكاد تحرك كل شيء وتنحكم به
ليس فقط في مجال المعاملات المدنية والتجارية، وإنما في سائر
المجالات، وأصبحت الإلكترونية تسيطر على عالم المال وأعمال
والأسواق.

وفي ظل هذه الأوضاع، كان من الطبيعي أن يعدو قانون
الالتزامات والعقود غير قادر على استيعاب حمولاتها والتكيف مع
مقتضاياتها، مما حدا بالمشرع إلى التفكير في الحيارات اللازمة اعتمادها.

وبالعمل، كان من بين المستجدات التي طعم بها هذا الأخير القانون
المذكور، إجماع الوثيقة الإلكترونية في عداد وسائل الإثبات، وتقنين
التوقيع الإلكتروني، فلتاح بذلك فرصة استعمال المستند الإلكتروني بدلا
من المحرر الورقي في الحالات التي يقررها القانون، وأصبح من ثم
التوقيع الإلكتروني مقبولا من الناحية القانونية شأنه في ذلك شأن التوقيع
العادي، كما صبح المجال للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية كي تنضم
إلى العقود الأخرى التقليدية.

وبعد أن كان يظهر الالتزامات والعقود بطوري على 1250 فصلا
موزعة على كتابين: إذ يخص الأول الالتزامات بوجه عام ويتعلق
الثاني بمختلف العقود المسماة وأشياء للعقود التي ترتبط بها نجد

للمشرع نزولا عند دواعي التطور - قد سعى إلى إحلال تعديلات منه
بالتنميط والتغيير والإضافة.

وبتعبير آخر، فإنه علاوة على العقود المصممة التقليدية، س
عقود أخرى جديدة اقتضتها روح العصر، منها ما تناوله المشرع في
إطار قانون الالتزامات والعقود، ومنها ما نظمته بموجب محسوس
خاصة.

وعني عن البيان، أنه يأتي في مقدمة العقود المصممة التقليدية، عقد
البيع¹⁹⁴ الذي أدرج المشرع ضمنه البيع المعقود من المريض في
مرض موته¹⁹⁵ وبيع ملك الغير¹⁹⁶ وبعض الأنواع الخاصة من

194- نظم المشرع عقد البيع في الفصول من 478 إلى 618 من ق.ل.ع والفصول
من 1- 618 إلى 20- 618 المصنفة بمحصى القانون رقم 44.00، المميز والمنسم
بموجب القانون 107.12.

والباع - حسب الفصل 478 من ق.ل.ع -
"عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين لآخر ملكة شيء أو حق، في مقابل ثمن يلتزم
به الأخير بدفعه له"

195- تنص الفصول 479 و 344 و 345 من ق.ل.ع على ما يلي:
- "بيع المعقود من المريض في مرض موته، تطبق عليه أحكام الفصل 344،
إلا أن ورثته بعدد محبته، كما لو، بيع له شيء بثمن يقل كثيرا عن قيمته
الحقيقية، أو تشتري منه شيء بثمن يجاوز قيمته.

لما ألتزم المريض من المريض بغير وارث، فتطبق عليه أحكام الفصل 345
"الأب" - الفصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما
هو مستحق عليه، لا يصبح إلا إذا أقره باقي الورثة".

ما يبقى في تركته، بعد مدة ثلثه وسبعون يوما، يصبح في حدود ثلث
196- و "بيع ملك الغير يقع صحيحا - تنص بالفصل 485 من ق.ل.ع -

1- في الجزء المالك
2- إذا كسب البائع فيما بعد ملكة الشيء.

وإذا رفض المالك الإقرار، كان للمشتري أن يطلب فسخ البيع، ورئاسة على ذلك
يلتزم الملتزم بالتعويض، إذا كان المشتري يجهل عند قبض الشيء بموكله المالك
-120-

197- كبيع الشيء أو بيع الوفاء¹⁹⁸ والبيع المعلق على شرط
198- لمصلحة أحد المتعاقدين أو بيع الخيار²⁰⁰ وبيع السلم²⁰¹

ولا يجوز إطلاقاً للبائع أن يتمسك ببطان البيع بحجة أن الشيء مما ملك للمحرر¹⁹⁷
197- نظراً للمشرع إلى بعض الأنواع الخاصة من البيع في الفصول من 585
إلى 618 من ق. ل. ع. مصدق في تحرره فرعاً لقرره ببيع المعسرات في طهر
الإنجاز.

198- ينص كل من الفصل 585 و586 على أن
"البيع مع الترحيص للبائع في استرداد البيع، أو بيع الشيء غير الذي يسلم
المشتري بمقتضاه بعد تعلمه لبعده، فإن يرجع المبيع للبائع، في مقابل رد الثمن،
بموجب أن يرد بيع الشيء على الأتية المبيعة أو المعوية."
"لا يجوز أن تشترط رجعة الاسترداد لمدة تتجاوز ثلاث سنوات، فإن اشترطت
لمدة أطول من هذا، فقد ردت إليه"

199- الشرط الواقع هو كل شرط يعلق على تحقق العقد أو مبادئ التزام أو
بعده، ولا يجوز للمشتري تحت شرط واقع أن يجري قبل تحوُّل أي عين من نسخته
في بيع لثلاث من مباشرة الحقوق التي تثبت له إذا ما تحقق الشرط
لما للشرط الفاسخ، فهو كل شرط يؤذي تحققه إلى نسخ العقد بغير رجعي واعتد
الأطراف إلى الحالة التي كانت عليها قبل انعاقده، وإلزام الدائن برد ما أخذه، أو
بإداء التعويض إذا استحال عليه لرد سبب يرجب مسؤوليته.

200- نص المشرع على بيع الخيار في الفصول من 601 إلى 612 من ق. ل. ع.
ينص الفصل 601 على أنه:

"يجوز أن يشترط في عقد البيع، ثبوت الحق للمشتري أو البائع في نفسه خلال
مدة محددة

ويجوز أن يكون هذا الشرط صريحاً أو يحول الاتفاق عليه، إما عند العقد وإما بعده
في فصل إضافي".

ويخصي الفصل 604 منه المخل والمتهم بظهير 25 أبريل 1917 بما يلي:
"يجب على المتعاقد الذي احتفظ لنفسه بحق الخيار، أن يصرح بما إذا كان يقصد
إحضار العقد، أو نفسه في الموعد الأتية".

أ- بالنسبة إلى المعارف قبلية والإرادي للزراعة خلال مدة سنتين تبدأ من
تاريخ العقد

ب- بالنسبة إلى الحيوانات الداجنة وكل الأنبياء المنقوبة، خلال مدة سنة لئلا
ومع ذلك، يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على بطل الفسخ، وكل التعرّض لأجر الفسخ
يكون بطلاً ويلزم إيفائه إلى أجل العينة هما سبقت.

الموسم في المقام الخاص من المقام العام والمقارن والمقارن

و بعد المقام 202 في المقام 203
في تلك المقام 203 في المقام 204

201 في المقام من المقام الخاص في المقام العام
في المقام 201 في المقام 202

وبين الفصل 613 على أن
تسلم عقد بمقتضاء يحمل أحد المتعاقدين مبلغا محددا للمتعاقدين (أحد) في
من جهة بتسليم مقدار معين من الأطعمة أو غيرها من الأشياء المدونة في
مبنى عليه

ولا يجوز بطلان بيع السلم إلا بكتابة

202 - يعرض المتبرع إلى عقد المقام في الفصول من 610 إلى 626
في المقام 202

والمقومة حسب الفصل 619 من ق.ل.ع

عقد بمقتضاء يعطى كل من المتعاقدين الآخر على سبيل الملكية شيئا مقدورا
عقرب أو حقا معنويا في مقابل شيء أو حق آخر من نفس نوعه أو من نوع
آخر

203 - أفراد المقام الفصول من 626 إلى 780 من الكتاب الثاني من ق.ل.ع
تأخذ مع الأحاد بعين الاعتبار التحويلات والتعديلات والإضافات التي أضيفت على
التي هي منها بواسطة مجموعة من الظواهر

ويستحق الفرصة للإشارة إلى أن الإجارة تعتبر في الفقه الإسلامي نوعا من البيع
تصلح من أنها تملك المنفعة بعوض، فشبهت بالبيع لاحتوائها على متعاقدين
بمثلة المبرعين وعلى عوضين بمثابة الثمن والمثمن

وهي في اللغة مشتقة من الأجر أو الأجرة أي ما يعطى من كراء الأجير وتفيد
شيء عقبة من العلم، تملك المساقع بعوض، أو بيع منفعة معلومة بأجر معلوم
أو هي بصفة أعم، عقد بمقتضاء تملك منفعة معلومة مقصودة من العين المستأجرة
بعوض

والإجارة جارية على خلاف القياس لأن المقصود عليه فيها المنفعة، وهذه تكون
مقصودة وقت التعاقد، بيد أنها رخصت للضرورة لشدة الحاجة إليها، شأنها في ذلك
شأن الكثير من التصرفات كما لمقت إجماع الفقهاء على مشروعيتها كتابا ومثلا
والجدير بالملاحظة أن الملكية يطلقون الإجارة على استئجار الأيدي وبعض
المسولات كالآلات والثلث والثلث والأولى وما شابه ذلك، ويصطلحون تسمية الكراء
على الثوب والأرض

الحكمة 205- وعقد الوديعة والحراسة²⁰⁷ وعقد العارية²⁰⁸ - 11 الذي
تضمن صممه الى كل من عارية الاستعمال²⁰⁹ وعارية الاستهلاك²¹⁰ ام

- ثروة حر لاء حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع
سابع من 249 وحديث.

204- حصص المخرج للكره الفصول من 627 إلى 699 من ق.ل.ع
والكره حسب الفصل 627 "عقد بمقتضاه يمنح أحد طرفيه بالآخر مدعة معلول أو
غير خلال مدة معينة، في مقابل أجرة محددة يلتزم الطرف الآخر بدفعها له"
205- تنص الفصول من 700 إلى 722 من ق.ل.ع المقتضيات المنطقية بعقود
الكره الفلاحية.

وتنص لما يفرض به الفصل 700 لقته:

"يجوز إبرام كراء لأراضي الفلاحية لمدة أربعين سنة، على أن يبرم لهذه أطراف مساع
كل من المتعاقبين بعده بعد انتهاء الأربعين سنة.

ويبدأ كراء الأراضي الفلاحية في 13 سبتمبر من التقويم الكريغوري ما لم يحدد
المتعاقدان تاريخاً آخر".

206- تنص على الأحكام الخاصة بيجارة الخدمة والصيغة الفصول من 723-
المعدل والمتمم بظهير 18 دجبر 1947- إلى 780 من ق.ل.ع، مع مراعاة
التحليلات الطروقة على البعض منها.

وحسبما ورد في الفصل 723 للمعدل والمتمم بموجب ظهير 18 دجبر 1947 على،
"إجارة الخدمة أو العمل، عقد يبرم بمقتضاه أحد طرفيه يلتزم للآخر خدماته
الشخصية لأجل محدد أو من أجل أداء عمل معين في نظير أجر يلتزم به الأخير
بدفعه له.

وإجارة الخدمة عقد بمقتضاه يلتزم أحد طرفيه بصنع شيء معين في مقابل أجر
يلتزم الطرف الآخر بدفعه له.

وفي الحالتين يتم العقد بتراضي الطرفين.

وإن كان العقد ثابت بالكتابة، أصح من رسوم التسجيل والتبليغ".

207- تنص المشرع الوديعة والحراسة في الفصول من 78 إلى 828 من ق.ل.ع.

1- تتعلق الفصول من 781 إلى 817 بالوديعة.

ولنص كل من الفصل 781 ومطلع الفصل 789 المعدل والمتمم بظهير 6 دجبر
1951 على ما يلي:

- "الوديعة عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً منقولاً إلى آخر يلتزم بحفظه وإيادته
بعينه".

القرص²¹⁰ - وعقد الوكالة²¹¹ وإنشاء العقد المدرسة مدرسه المكلسه
(الفصله)²¹² وعقد الامتراك²¹³ - الذي قسمه إلى كل من القسمين لم

- إذا تجاوزت قيمة الوثيقة 200 درهم لم يثبتها بالكتابة ولا يسري هذا الحكم
على الوثيقة الاصطورية²¹⁴.

2 - تكون المشرع الحراسة في الفصول من 818 إلى 828 من قبل ع
وجاء في الفصل 818 منه أن:

"يذاع الشيء للمنتفع عنه بين يدي أحد من الميراث يسمى حراسة.
ويجوز من برد الحراسة على العقول أو للمعزات، وهي تحصى لأحكام الوثيقة
الاستيعارية ولأحكام هذا الباب"

208 - تطرق المشرع إلى عارية الاستعمال وعارية الاستهلاك أو القرض ثم
القرض بصفة في الفصول من 830 إلى 878 من قبل ع.

209 - تنص الفصول 831 و 832 و 833 على ما يلي:
"- عارية الاستعمال عقد بمقتضاه يسم أحد طرفيه للأخر شيئا لكي يستعمله خلال
أجل معين أو في غرض محدد على أن يرد به
وفي العارية يحتفظ الميراث بملكية الشيء المستعمل وحيازته القانونية وليس
للمستعمل إلا مجرد استعماله."

"- يسوغ أن ترد عارية الاستعمال على أشياء المعنوية والعقارية."

"- من أس عارية الاستعمال، أن تكون على وجه التبرع"

210 - تتحقق الفصول من 856 إلى 869 من قبل ع بحرية الاستهلاك أو القرض.
ويخص كل من النصوص 856 و 859 على أن:

"- عارية الاستهلاك أو القرض عقد بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للأخر أشياء مما
انصاه الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى لأستعملها، بشرط أن يرد المستعمل عند
انقضاء الأجل على الطرف الآخر، هي المقدر والبرع والصفة"

أ - الأشياء المنقولة كالحيوانات والملابس والأثاث.

ب - الأشياء التي تستهلك بالاستعمال كالأطعمة والنفود."

211 - علاج المشرع عقد الوكالة في الفصول من 879 إلى 942 من قبل ع.
- الوكالة كما ورد في كل من النصوص 879 و 880 -

ويسوغ إعطاء الوكالة لأحد لمصلحة الموكل ولوكيل، أو لمصلحة الموكل ولغير
بل ولمصلحة الغير وحده."

"- الوكالة بلا أجر، ما لم يتفق على غير ذلك

211- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217
212- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219
211- في شأن الشركة

غير أن وكالة الوكالة لا تقرر

ولا كلف الوكالة بمجراد عمل داخل حوزته أو مهنته.

211- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217

212- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219

ويجب الفصل 213 و 214

213- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217
214- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219

215- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217

216- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219

217- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217

218- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219

219- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217

220- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219

221- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217

222- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219

223- في شأن الشركة العنقودية، وعودة الأمر 216 وعودة المصلح 217

224- يجوز فيه أي وكالة الائتم 218 وكالة الحضور 219

"يستثنى... اللعب والمراهنة على سباق الأشخاص وسباق الخول أو على الرمية، على المباريات التي تجري على الماء، أو على غير ذلك من الأمور التي تقتضى بالمهارة والرياسة وذلك بشرط؛

ولا: ألا تحصل المراهنة من أحد المتبارين للآخر.

ثانيا: ألا تحصل المراهنة بين المتزوجين بعضهم مع بعض".

217- علاج المشرع عقد الصلح في الفصول من 1098 إلى 1116 من ق.ل.ع والصلح كما جاء في الفصل 1098:

"عقد بمقتضاه يحسم الطرفين لراعا قائما أو بتوقيين قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو بإعطائه مالا موعدا أو حقا".

218- ورد عقد الكفالة بنوعيه أي كفالة الالتزام وكفالة الحضور في الفصول من 1117 إلى 1169 من ق.ل.ع.

219- الكفالة حسب الفصل 1117:

"عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بداء دين المدين إذا لم يؤديه هذا الأخير بصفة" وينص من الفصل 1.31 ن:

"من أسس الكفالة أو تعقد بعير أجر وكل شرط يقضي بإعطاء الكفيل اجرا عن كفايته يقع باطلا ويترتب عليه بطلان الكفالة نصفي.

ويستثنى من هذه القاعدة الكفالة التي تعقد بين التجار لأغراض التجارة إذا سمح للمرف بإعطاء أجر عنها".

220- تنضخ الفصول 1161 إلى 1169 من ق.ل.ع الأحكام المتعلقة بكفالة الحضور، وهي حسب الفصل 1162:

"تعهد بمقتضاه يلتزم شخص بأن يحضر شخصا آخر أمام القضاء أو بأن يحضره عند حلول الالتزام لو عد الحاجة".

"من ليس له أن يتدفع بماله لا يحق أن يكون كمول الحضور".

221- لا تقوتا الإنسدة ما، إلى أن المشرع المغربي نظم الرهن الحيازي للمقنول في ق.ل.ع في الفصول من 170 إلى 1240 منه، وكذا في المظهر التشريعي رقم 11178 الصادر في 22 نونبر 2011 بتفويض القانون رقم 39.08 المتعلق بمقنولة الحقوق العينية في المواد من 145 إلى 164 وذلك بالنسبة للرهن العقلي- أما من 142 إلى 144 بلامتيازات وكما هو معنوم، فإن الرهن الحيازي والرسمية تندرج كلها ضمن الحقوق العينية الثبوتية المقررة في التشريع المغربي إلى جانب الامتيازات.

والرهن الحيازي كما ينص عليه الفصل 1170.

وعلاوة على عقود العسرة رتب، العقود التي ترسخت في
 تنوع صير الترسخت والعقد في تصور من 478 في 1244، العقود
 مشروع لصد لثني عشر من كتاب الثاني - في تصور من 1241 في
 222 - "مختلف نوع لتسب"

وسموا إلى تعيين مستوفيه القانونية وعملها مؤسسة مستوفيه
 لصدر، لخص المشروع بعض النصائح على قنوس، وترسخت والعقد
 بدءا من كتاب الثاني: في مختلف العقود العسرة وفي شد، العقود
 التي ترسخت به حيث تصرف بوث حيد من عقود في عقد التبيع أو
 وهو بيع العقود في صور الإجازة وخارج جدر قنوس لترسخت
 والعقد، صاغ الأحكام المتعلقة بعقد الإجازة تمضي في تلك العقود
 ثم بعد ذلك، واستجابة لتطور التكنولوجيا التي أصبحت تعسر مستر
 المبدأت، لخص مستجد على كتاب الأول: في الترسخت بوجه عدم
 ويتحقق الأمر بالعقد المبرم بشكل إلكتروني أو فوجيه بطريقة
 إلكترونية، وحماية التمسيتك بصورة عامة وتعزيزا للتمسكة القانونية

"عقد بمقتضاء يحصل المدين أو أحد من اثنين بعد لمصلحته نسب مقبولا أو
 عقريا أو حقا مخويا لضمان الالتزام، وهو يمنح لذكر حق مفيد يديه من هذه
 الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به المدين"
 لما في مطلق الفقه 145 من: منولة الحقوق الفجوة فيه
 "حق عيني يقرر على ملك يعطيه المدين أو كوله تعمي إلى لذكر المبرم
 لضمان الوفاء بالدين ويحول لذكر المبرم حق حوله المبرم وحق حيد في أن
 يستوفي دينه.

تسري على الرهن الحيزي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بملك محظ.
 222- في أموال المدين تشكل صمقا علما كالتبنة، وبزراع منها عليهم بنسبه دين
 كل واحد منهم ما لم توجد بينهم سبب قانونية للأولوية وتدخل هذه الأولوية في
 الامتيازات والرهن وحق الحبس،
 والامتياز هو حق أولوية يمنحه القانون على أموال معين بظرا لسبب الدين، بحيث
 في الدين الممتاز يقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مصمومة برهن
 رسمية، ولحدد الأنصارية بين الدائنين الممتازين على أساس الإشواغ المفضلة
 للاعتيازات.

الوسيلة المعنوية الخاصة، المعنوية المدنية والتجارية والبنكية

المتعلقة بهذا الموضوع، أصدر قانونا جديدا يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

ومن صلب هذه المقتضيات الجديدة سنتقينا أهمها الممثل الذي يتعلق بمواضيع هذه الدراسة، التي سننظر في إليها على السحر التالي:

المبحث الأول عقد البيع

يحتل البيع مركز الصدارة بالنسبة للعقود الدالة للملكية، مثلما الإيجار بالنسبة للعقود الواردة على منافع الأعيان، وكذا بين أنواع العقود المصنفة في التشريعات المدنية، ليس بحسب على مستوى الأولوية في الترتيب لفظي لها، وإنما أيضا من حيث عند الأحكام التي يستقل بها، وربما يعزى ذلك إلى قديمة واستقره الكبير وأهميته في الحياة العملية، فهو الأسس القانوني للمعاملات، مما ساهم في تنوع عقود البيع بتنوع موضوعاتها وأشخاصها²²³ لكن رغم تنوع القوانين

223 فطلى سبيل المثال، نجد في إطار القانون رقم 31 08 تنصيصا على أنواع من البيوع، "كعقد البيع المبرم عن بعد" المصوص عليه في المادة 27 التي جاء فيها:

"يكون عقد البيع عن بعد بوسيلة إلكترونية صحيحا، إذ أبرم طبق للشروط المصوص عليها في القانون رقم 53 05 المتعلق بالنيادل الإلكتروني سمعطات إلكترونية والتشريعات المعمول بها في هذا المحل وكذا الشروط الواردة في هذا القانون".

"ولبيع خارج المحلات التجارية" الذي عرفه المشرع في المادة 55 بقوله: "يخضع لأحكام هذا الباب كل من يمارس أو يعرض على ممارسة البيع خارج المحلات التجارية في موطن شخص طبيعي أو في محل قائمه أو مقر عمله، ولو بطلب منه، لأجل أن يقترح عليه شراء منتجات أو سلع أو بيعها أو إيجارها المصفي في البيع أو إيجارها مع حيلار الشراء أو تقديم خدمات.

ويخضع كذلك لأحكام هذا الباب البيع خارج المحلات التجارية في الأماكن غير المعدة لتسويق المنتج أو السلعة أو الخدمة المقترحة ولا سيما تنظيم اجتماعات أو رحلات من قبل المورد أو لعلته قصد إيجار المباني المصنفة في الفقرة الأولى

و"البيع بالتخفيض" الذي عرفه في المادة 53 بكلمته.

"البيع المقرن أو المسروق بإشهار والمعلن عنه باعتباره بهدف إلى التعمير السريع للمنتجات والقطع المحذورة عن طريق تخفيض السعر".

مضيفا في الفقرة 1 من المادة المرالية أنه:

"لا يجوز أن يتم البيع بالتخفيض، إلا إذا كان مقترنا بإعلان واضح ومفرد للنظرة تخفيض".

المنظمة لمختلف البيوعات، فإن القواعد الواردة في قانون الأنزلامس-
والعقود- في المصنوع من 478 إلى 618- تظل هي الأصل، ويتجسد في
المشرع في صيغته لهذه الأخيرة في تخصيص الباب الأول للبيع برح
عام وللتاني لأثاره، والثالث لأنواع حصصه من البيوع.

المطلب الأول ماهية عقد البيع

يتصور موضوع هذا المطلب حول إبراز مفهوم البيع وخصائصه الأساسية وكذا تمييزه عن بعض العقود التي قد تلتبس به.

الفقرة الأولى: تعريف عقد البيع

بعد البيع من عقود المعاوضات، ومعناه مبادلة المال بالمال²²⁴ تعرض للملك، أو هو مبادلة المال المتقوم تملكاً وتملكاً. وهو من حروف الأصداد في كلام العرب، لا يقال باع فلان إذا اشترى وباع من غيره²²⁵ ومنه قوله تعالى: "وشروه بمثل ما اشتروا" أي باعوه، فشرى من بمعنى باع بعكس اشترى.

وهو على حد تعبير المشرع المغربي²²⁷:
"عقد بمقتضاه ينقل أحد المتعاقدين للأخر ملكية شيء أو حق في مقابل ثمن يلتزم هذا الأخير بدفعه له".
أما المشرع العراقي مثلاً فيذهب²²⁸ إلى أن البيع باعتبار المبيع، إما أن يكون بيع العين بالنقد وهو بيع المطلق، أو بيع النقد بالنقد وهو الصرف، أو بيع العين بالعين، وهي المعاوضة.

224- وهو التعريف الذي أطلقه القانون المدني العراقي على البيع في المادة 506 منه.

225- مشار إليه لدى:

- بورد غرلان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مرجع سابق، ص 241.

226- الآية 20 من سورة يوسف.

227- في الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود.

228- في المادة 507 من القانون المدني.

الفقرة الثانية: الخصائص الأساسية لعقد البيع

من المعلوم، أن البيع ينفرد بمجموعة من الخصائص، منها أنه عقد مسمى وعقد فوري وعقد فردي وعقد بسيط وعقد معاوضة وعقد محدد للقيمة وعقد معاوضة وعقد تبادلي وغيرها، إلا أن أبرزها تتم في أنه يعتبر من العقود النقلة للملكية شأنه في ذلك شأن المعاوضة والهبة، ما يترك من أنه يرد على الأشياء وكذلك على الحقوق كما أنه عقد رضائي كمدا علم، بمعنى أن إرادته لا يتوقف على إجراء شكلي معين بل كما ينص على ذلك المشرع²²⁹.

"يكون البيع تاماً بمجرد تراضي عاقديه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع والشئ وشروط العقد الأخرى".

غير أنه يتم الخروج على هذا المقتضى في الأحوال التي يتطلب فيها القانون -إضافة إلى الرضى طبعاً- شكلاً معيناً لقيام البيع منها أنه إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يمكن ردها رها رسمياً، وجب إجراء البيع كتابة في محرر ثابت التاريخ²³⁰ ولا

229- في الفصل 488 من ق.ل.ع

230- في مباح صمان الاقتدر المهني والاحترافية اللازمة لمدى الجهات التي تتولى تحرير العقود المرتبطة بالمعاملات العقارية، ونسجاً مع ما تتطلبه هذه العملية من دقة من أجل تحقيق الأمن التوثيقي، عند المشرع في السنوات الأخيرة إلى تنظيم توثيق العقود ذات الصلة بالمجال المذكور بموجب مجموعة من القوانين -كالقانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإيجار كما غير للقانون 107.12، والقانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات العينية، كما غير بموجب القانون 106.12، والقانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المخصص إلى ملك العقار، والقانون رقم 39.08 المتعلق بمدة الحقوق العينية- التي تفرض تحرير بعض هذه العقود إما في محرر رسمي أو في محرر ثابت التاريخ من قبل مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة تحت طائلة البطلان. وفي السجلات الأخيرة، وضعت وزارة العدل والحريات مشروع قانون تحت رقم 88 12 حول تنظيم مهنة وكول الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ الذي لا زال قيد الدراسة لدى لجنة العدل والتشريع بمجلس النواب والذي من بين ما ورد في مذكرته التقديمية أنه- في ظل تطبيق مقتضيات القانونية الجديدة- يمنع

-122-

المصاحف المحفوظة الخاصة، المملوكة الخاصة والشعبية

ويكون له أثر في مواجهة الغير، إلا إذا سجل²³¹ فسيشكل المحفوظ بمقتضى القانون²³².

على وكلاء الأعمال المرخص لهم في إطار شجر 12 يناير 1945 تحرير المحفوظات التاريخ

231- من الملاحظ أن المشروع كان يستعمل في ظهور التحفظ العقاري الصادر في 12 غشت 1913 قبل تحيله وتنسيبه بالظهير الشريف رقم 11 177 الصادر في 22 نوفمبر 201 بتعديل القانون رقم 14.07 الصادر والمسنم بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 91) المعدل بالتحفظ العقاري - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 موزر 2000 ص 5575 - تسار جرة المسجل في عدد من الفصول منها الفصول 66 67 68 69 75 ونسرة أخرى عبارة التقييد، كما في الفصول 60 و 99 وهي عبارة التي يستعملها اليوم القانون رقم 14.07.

رسم أن القاية منهما معا تتمثل في تقييد التصرفات بالسجل العقاري. إلا أنه بحسب التمييز بينهما، ذلك أن المقصود بالتسجيل هو أداء التوجيهات المسندة للخريصة بمناسبة إبرام التصرفات لئلا تكون للملكية، وهي رسوم تستحق عن التوثيقات الشرعية العوضية، في حين أن التقييد يعني تعيد التصرفات القانونية المتعلقة بالحق الملكية العقارية لدى المحافظة على الأملاك العهرية.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى، فإن المشروع يعدل في الفصل 65 المعدل والمتم بالقانون رقم 14.07 للتصرفات والأعمال الواجب إشهارها وتقييدها في السجل العقاري بقوله:

"بحسب أن تظهر بواسطة تقييد في الرسم العقاري جميع الوقائع والتصرفات والاتفاقات الناشئة بين الأحياء عائلية كانت أو بعوض، وجميع المحاصر والأرسل المتعلقة بالحجر العقاري، وجميع الأحكام التي اكتسبت قوة الشيء المقضي به متى كان موضوع جميع ما ذكر تأسيس حق عقاري أو نقله إلى الغير أو الإقرار به أو تغييره أو إسقاطه، وكذا جميع عقود لكرية العقارات لمدة تفوق ثلاث سنوات وكل حوالة بقدر مالي مساوي كراء عقار لمدة تزيد على السنة غير مستحقة الأداء لو الإبراء منه".

نص في الفصل 66 المعدل والمتم بالقانون المذكور على أن:

"كل حق عيني متعلق بعقار محفظ يعتبر غير موجود بالنسبة للغير إلا بتقييده. وابتداء من يوم التقييد في الرسم العقاري من طرف المحافظ على الأملاك العقارية.

بالنسبة
عقار
تتمثل
نسبة
عدد
سجل
أه

وهو عقد ملزم للجانبين، إذ أن البائع يلتزم بتسليم الشيء لمشتري إلى المشتري وكذا بصمائه من الاستحقاق ومن العيوب، وفي المقابل يلتزم الثاني بنفع الثمن المتفق عليه وتسليم الشيء المبيع فسي لو لم يناسب²³³.

والبيع أيضا من عقود المعاوضات، والعوض فيه ثمن نقدي (أمر) الذي يميزه عن عقود يكون فيها المقابل أو الأداء شيئا آخر غير "الثمن" متلما في عقد المعاوضة أو المفاوضة، وفق ما سيبينه لاحقا.

لا يمكن في أي حال التمسك بهطل هذا التقييد في مواجهة العير ذي اليه الحصة.

كما قصي في الفصل 67 منه بما يلي:

"في الأعمال الإرادية والالتفاتات التعاقدية الرامية إلى تأسيس حق عيري أو نقله إلى عير أو الإقرار به أو تعبيره أو إسقاطه، لا تنتج أي أثر ولو بين الأطراف إلا من تاريخ التوقيع بالرسم العقاري، نون الإصرار بما للأطراف من حقوق في مواجهة بعضهم البعض، وكذا بإمكانية إقامة دعوى فيما بينهم بسبب عدم تنبذ اتفاقاتهم".

والجدير بالذكر، أنه إذا كان المبدأ العام المقرر في المصلين 65 و 66 المشار إليهما سابقا هو أن كل حق عيري متعلق بعنصر محظوظ يعتبر غير موجود بالنسبة للعير إلا بتقييده وإيقاده من يوم التوقيع في الرسم العقاري، فإن المشرع استثنى من التقييد صراحة، بعض الحقوق العيرية العينية للعنصرية من ذلك: الاستيلاء الواقع على العقارات والأثلاث الطبيعية والفنوتية، والحقوق المكتسبة على المياه العامة.

والجدير بالإشارة، أنه بتاريخ 30 ديسمبر 2013 صدر الظهير الشريف رقم 113116 القاضي بتقيد القانون رقم 57.12 للمتمم بعقضاء الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفظ العقاري. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6224 في 23 يناير 2014. ص 262 وفي 11 أبريل 2014 صدر المرسوم رقم 214.173 بشأن تطبيقه. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6252 بتاريخ فاتح ماي 2014 ص 4352. كما صدر بتاريخ 14 يوليوز 2014 المرسوم رقم 213 18 بشأن إجراءات التحفظ العقاري. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6277 بتاريخ 28 يوليوز 2014. ص 6119

233- الفصل 489 من ق.ل.ع.

233- أنظر الفصل 498 والفصل 576 من ق.ل.ع.

وهو كذلك عند نقل الملكية، بدليل أن المشرع المغربي حطه
كأنها بدلت لنقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري حسبما يستفاد من
الفصل 491 من قانون الأثرامات والعقود، الذي جاء فيه أنه
"يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء لمبيع بمجرد تسليم العقد
بتراسي طرية".

الفقرة الثالثة: تمييز عقد البيع عن بعض العقود المشابهة

صحيح أن البيع عقد مسمى له كونه لخاص، إلا أن هذا لا يمنع
من وجود عقود أخرى تشترك معه في بعض عناصره، مما يطرح
مسألة تمييزها، كما هو الشأن بالنسبة لعلاقته بعقود أخرى بالنسبة
الملكية كالمعوضة والهبة:

أولاً: تمييز عقد البيع عن عقد المعوضة

ليس البيع لعقد الوحيد النقل للملكية وإنما هناك عقود أخرى
يكون فيها النقل بدون مقابل كما في الهبة، أو بمقابل إلا أن طبيعته غير
نقبة مثلما هو الشأن بالمعوضة التي نظمها المشرع المغربي
في الفصول من 619 إلى 625 من قانون الأثرامات والعقود²³⁴.

ومن المعلوم أن المقايضة عقد قديم ومع ذلك فإنه لم يحظ سوى
بالتقليل من الأحكام، وظل في القانون الداخلي في البلدان ذات الاقتصاد
الدمي تصرفاً نادراً يزوله التجار، أما على الصعيد الدولي فيعرف
انتعاشاً مع عمليات المقايضة كأن يقدم بلد منتج للنفط قدراً من إنتاجه
مقابل توريد السلع²³⁵.

234- لأحد فكرتها في قانون المدني الفرنسي، انظر على سبيل المثال.

- جروم هوبه، مرجع سابق، من ص 639 إلى ص 643.

235- شكلت المقايضة كما هو معلوم، تلك النظام الذي كان مألوفاً ومنتشراً في
مراحل سابقة من التاريخ في مجال المعاملات لأسباب تجارية منها، غير أنه
يمرور الزمن وعلى إثر تطور هذه الأخيرة، أصبحت الهبة للبيع الذي عرفت

وقد عرف المشرع المغربي للمعاضة في الفصل 619 من ل.د. الالتزامات والعقود بقوله:

"للمعاضة عقد بمقتضاه، يعطي كل من المتعاقدين للآخر على مس. الملكية شيئا منقولا أو عقاريا أو حقا معنويا في مقابل شيء أو حصة نفس نسوغة أو من نوع آخر".

ويتميز عقد المعوضة بنفس خصائص عقد البيع، منها أنه عقد مسمى ورصائي إذ يتم بنراصي المتعاقدين²³⁶ على السنين وعلى المسائل الأخرى التي يعترتها أساسية، هذا هو الأصل، غير أنه يجب الأخذ بعين الاعتبار محل للمعوضة: فإلى كان عقارا أو لشيءا أخرى يجوز رهها رهنا رسما، وجب كتابة العقد في محرر ثابت التاريخ ولا يكون له أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل حسب الشكل المحدد في القانون²³⁷. وإن كان عقارا أو حقوقا عقارية وقدمت دعوى لفسخها لزم تقيد ذلك على هامش تسجيل العقد²³⁸ ثم إن كان عقارا محظا لو حقا

لماطه تحولا كبيرا لقصته ضرورة مسارة واقع الأسواق وموجهة الاحتكار والمضمة، والذي بلغ دروته بميلاد ما يسمى بعلم التسويق الذي لا يقف عد حدود الأساليب والمناهج العلمية بل يهتم أساسا بدراسة خاصة للأسواق في ضوء ظروف الزمن والطلب، ويعنى بسلوك المستهلكين ورغبتهم وطرق اختيار السلع وعرضها وتغليفها وتحديث أشكالها وتوزيعها، نافيك عن أنه يشجع الابتكار والتجديد.

وبحكم أهميته استطاع البيع أن يحتل مكان الصدارة في قائمة للعقود المسماة، ويستطلب هذا لا يأس به من مواد قانون الالتزامات والعقود ليس فقط اعتبارا لكثرة شيوعه وقداوله وإنما لكونه أيضا العقد الذي نشأت في كنفه أغلب القواعد للعلمة للعقد وبررت فيه على وجه الخصوص قاعدة الرضائية.

وهذا لا يعني بنفنا عدم أهمية عقد المقايضة، بل هو تلميح فحسب إلى عموم الحاجة إلى عقد البيع، إلا ما يزال لهذا للتصرف للقانوني وجود وممارسة في الحدود المرسومة له قانونا ونظرا لعلاقته الوطيدة بالبيع ارتكبا أن نسلي فكرة عنه.

236- انظر الفقرة 1 من الفصل 620 من ق.ل.ع.

237- انظر الفقرة 2 من الفصل 620 من ق.ل.ع التي تحيل على الفصل 489.

238- وهو ما جاء في الفصل 624 من نفس القانون.

من الحقوق العينية الواردة على عقارات محظرة، تميل تسجيل العقد في الرسم العقاري لدى المحافظة العقارية لإنتاج آثاره فيما بين طرفيه وكذا في مواجهة الغير.

وبالإضافة إلى كونه عقد مسمى ورسالة، فإنه يعد أيضا عقد ملزما للجانبين رافقا للملكية وفوري التنفيذ ومحدد القيمة وفرديا وبسيط ثم إنه من عقود المساومة والمعاوضة.

وفيما يتعلق بأركان قيام عقد المعاوضة، نجد المشرع ينص صراحة²³⁹ على أنه:

"تطبق أحكام البيع على المعاوضة في الحدود التي تسمح بها طبيعتها". وهكذا، تسري بالنسبة لانعقاد المعاوضة جميع الأحكام الخاصة بإنشاء البيع باستثناء ما يتدفق مع طبيعة عقد المعاوضة كذلك المتعلقة بالثمن الذي يعد من خصوصيات عقد البيع وبالتالي يختلف عن البذل في عقد المعاوضة²⁴⁰

أما بالنسبة لآثار المعاوضة، فإنه تشبه تلك المترتبة عن عقد البيع ما عدا الثمن الذي لا يؤلف ركبا من أركانه، لذا تقلبا للتكرار نكتفي بإجمالها في أن كل متقاضٍ يكتسب بقوة القانون ملكية الشيء الذي قابض به بمجرد تمام العقد بالتراضي فيما بينهما، ويتحمل كل منهما في مواجهة الآخر الالتزام بتسليم الشيء الذي قابض به في الحالة التي كان عليها وقت انعقاد وسلمه حسب الاتفاق، وصحاحه بمغسي حوره والتصرف فيه بلا معارص وخلوه من العيوب²⁴¹ علما أن مصروفات

239- في الفصل 525 من ق.ل.ع الذي تعادله المادة 1707 من القانون المدني الفرنسي.

240- أنظر في هذا المعنى:

- عبد الوارث العرعري، التوجيه في النظرية العامة للعقود المسماة، للكتاب الأول: عقد البيع، مرجع سابق، ص 12.

241- ذلك ما يعيد به الفصل 623 من قانون الالتزامات والعقود.

العقد لئن كانت في البيع تقع على عاتق المشتري فإنها في المعوضة
تقسم بقوة للقانون بين الطرفين ما لم يشترطاً غير ذلك²⁴².

وعليه، فإن المعوضة لا ترمي إلى مبادلة شيء أو حق بمبلغ
معين من النقود كما هو الأمر في البيع، بل تفيد مبادلة أشياء أو حقوق
بأخرى سواء توحّد نوعها أو يختلف، أما الاتفاق على مبادلة شيء أو
حق في مقابل القيام بعمل أو الامتناع عن القيام بعمل فلا يعدّ معوضة
بل هو اتفاق غير مسمى؛ غير أنه يجوز في عقد المعوضة تكملة أحد
البلدين بمبلغ نقدي أو بأشياء أخرى متى كانت التكملة لا تزيد على قيمة
أي من البلدين، وهو ما يصطلح عليه المعوضة مع الفرق أو للتبادل
مع فرق الأثنية.

وفي هذا السياق، ورد في الفصل 621 من نص القانون أنه:
"إذا كان أحد العوضين أكثر من الآخر قيمة، ساغ تعويض الفرق بنقود
أو بغيرها من الأشياء معجلاً أو مؤجلاً لا يصري هذا للحكم بين
المسلمين إذا كان محل المعوضة طعماً"

كما جاء في إحدى الدراسات في الموضوع أنه:
"يفرق التبادل عن البيع في أنه يشتمل على بدلين وليس على ثمن
ويجب في هذه الحالة أن يترافق مع دفع مبلغ من النقود عندما لا تكون
قيمة البدلين هي ذاتها بالضبط وحينئذ يكون إزاء تبادل مع فرق
الأثنية²⁴³".

ولم يثل هذه الحالة التي يقسم فيها أحد الأطراف الآخر شيئاً أو
حقاً في مقابل شيء أو حق علاوة على مبلغ من النقود كتكملة بتحقيق
نوع من العمل في الالتزامات، هل يلزم أحد الطرفين المشتركة
للطرفين وبالتالي اعتمد التكليف الذي يريدانه؟ لم تطبق قاعدة الفرع

²⁴²- وهو ما ينص عليه الفصل 622 من نص القانون المشار إليه في الهامش
السابق.

²⁴³- جبروم هوييه، مرجع سابق، ص 642.

يتبع لأصل²⁴⁴ بحيث يجب معرفة أي من القيمتين النقدية لم العينة أكثر من الأخرى، فإن كانت الأولى اعتبر العقد بيعا وإن كانت الثانية اعتبر معاوضة؟ ومن يتعين مراعاة التغيرات للفلاح بين القيمتين ومن ثم لا يعد الاتفاق بيعا، إلا إذا كانت القيمة النقدية كبيرة جدا بالمقارنة مع القيمة العينية وإلا اعتبر الاتفاق معاوضة؟

مبيننا ينبغي أعمال الوصف الذي يصفه الطرف على لاتفاق سواء عبرا عن ذلك صراحة أو استتج ضمنا، وإذ تعدر الوصول إلى نيتهم المشتركة عن طريق التفسير، يجب اعتبار الاتفاق بيعا متى كان الجزء العالب هو النقود، في حين إذا غلب الجزء العيني فإنه يعد معاوضة، ونكفى للقاضي في هذا المجال السلطة التقديرية الواسعة.

ثانيا: تمييز عقد البيع عن عقد الصلح

يؤدي القصاء الرسمي كما لا يخفى رسالة نبيلة قوامها الفصل في النزاعات بين الأفراد والجماعات وإصدار الأحكام بشأنها، لذلك لا غرر في جعلته الدولة في قلب الحيارات الاستراتيجية التي تعلق عليها آمال كبيرة في من تنسج فيه بكل ثقافتها ثقافة حقوق الإنسان ودولة الحق والقانون ومتطلبات العولمة، التي تقتضي ليس فقط قيامه بهمه التقليدية، وإنما أيضا مساهمته في التنمية بكل أبعادها وتحريك الحياة العامة ورفع تحديات العصر؛ ولتحقيق هذه الغايات كان لا بد من تحديثه وتطويره ليواكب المعايير الدولية.

244- يعتمد الفقه الفرنسي المعاصر في هذا الصدد القاعدة البشر إليها أعلاه وذلك حسبما نفرد به إحدى الدراسات:

- عبد القادر العرعاري، لوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، مرجع سابق ص 13.

أنظر كذلك:

- جازوم هوييه، مرجع سابق، ص 643.

وبالنسبة للمغرب، فإنه تخرط في برنامج شامل وعميق لإصلاح منظومة العدالة، من الأهداف الأساسية التي قررها، استفادة المحاكم من المعلومات على نطاق واسع، واعتماد الوسائل البديلة لتسوية النزاعات والانفتاح على تجارب الدول الأخرى²⁴⁵.

وهكذا، إذا كان التوجه لدى غالبية الدول يكمن منذ زمن غير بعيد في إيلاء عايتها للحلول غير القضائية للنزاعات، فإنه من الثابت بالنسبة لنا أننا نرصد تلك الوسائل في ثقافته ومعاملاته وتجدرها في ثقافته الإسلامية والاجتماعية فهي إذن قديمة من حيث النشأة ومكرسة في مجالات متنوعة، غير أن ضرورات العصر حتمت إحياءها وتنظيمها من جديد مثلما طرأ لكل من الحسبة والمظالم؛ لاسيما وأن الحاجة أصبحت تدعو إلى تفعيل الوسائل البديلة على نطاق واسع لتستجيب لمتطلبات العصر، ونظرا لأن التوجه نحو العدالة التصالحية يشكل اختيارا استراتيجيا لوضع حلول ناجعة للعديد من المنازعات، الأمر الذي يفسر انكباب وزارة العدل في إطار برنامج التعاون الدولي، على إدخال هذا النوع من العدالة إلى نظامنا القانوني والقضائي، بل وبرولا عند التعليمات السامية لجلالة الملك في هذا الإطار.

وتعد الطرق البديلة لتسوية المنازعات بمثابة آليات قانونية للعصل في هذه الأخيرة بكنية تختلف عما تتطلبه المسطرة القضائية، وذلك وفق شروط وإجراءات معينة، وإن كان اللجوء إليها لا يعني الاستعانة كلياً عن القضاء الرسمي، فالبعض منها يستلزم تدخله لإصدار أمر

245 أنظر في هذا الصدد

محمد سلام، الطرق البديلة لحل النزاعات التجربة الأمريكية كنموذج. لشغل القوة العلمية التي تضمنها شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس، بشراكة مع وزارة العدل ومينة المحامين بفاس. يومي 4 و5 أبريل 2003. في موضوع: الطرق البديلة لتسوية المنازعات منشورات جمعية نشر المعلومات القانونية والقضائية سلسلة الندوات والأهم الدراسية، العدد 2، طبعة الأولى، سنة 2004. ص 68 ومن 69.

بمستحسن القوة العمومية أو لتنفيذ حكم تحكيمى مثلاً - الذي يحظى بمكانة متميزة باعتباره مؤسسة تمارس وظائفها بتفويض من إمارة المزمعين.

والطرق المذكورة كالصلح والتحكيم²⁴⁶ والوساطة²⁴⁷ - تتسم بإيجابيات كثيرة - كالمرونة والفعالية والسرعة في البت، البعوضة وهي

246- نظم المشرع المغربي التحكيم في الفصول من 306 إلى 327 من قانون المصطرة المدنية كما نسخ وعوض الباب الثامن من القسم السادس منه بموجب الظهير الشريف رقم 1.04.169 الصادر بتاريخ 30 نونبر 2007 بتنفيذ القانون رقم 08.05، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5554 في 6 جينير 2007. ص 3894. والتحكيم طريق خاص لحل المنازعات، مناطه الخروج على التقاضي العادي والتخير لمصوم محكم أو محكمين للفصل فيها؛ ومن ثم فهي التحكيم بشأ من إرادة هؤلاء، التي تظل مع تلك في حاجة إلى إقرار المشرع لحواز التحكيم وتفيد أحكامه، أي أن التحكيم بهذا المفهوم لا يؤدي إلى نزاع اختصاص المحكم باعتباره أو هيئة التحكيم تستمد سلطتها في الفصل في النزاع من المشرع نفسه، وإن أحكامها تحتاج إلى التثبيت بالصيغة التنفيذية من قبل القضاء الرسمي. ويتبين آخر، فإن التحكيم يعني تلك المصطرة التي تهدف إلى حل وفض النزاع على يد محكم أو عدة محكمين بمقتضى اتفاق أو بالاتفاق فيما بينهم ويستمدون سلطتهم من ذلك الاتفاق

ويتفق الصلح مع التحكيم، في أن كلا منهما يدرج في عداد الوسائل البديلة لتسوية النزاعات، يهدف إلى حسم النزاع وإلحاله بالتراضي، وإن أسس كل منهما تصرف قانوني، غير أنه يختلف عنه من جوانب كثيرة منها أنه يتضمن عنصر التنازل المتبادل بين الأطراف عن كل أو بعض الادعاءات، على عكس التحكيم الذي لا يقتضي بالضرورة ذلك، كما أن القاضي في الصلح يستمد ولايته من القانون، وفي التحكيم يستمدها المحكم من إرادة الأطراف.

أنظر بخصوص التحكيم واختلافه عن الصلح:

- شمس الدين عبدلتي، التحكيم التجاري لقضاء المستقل، المجلة المغربية للتحكيم التجاري، العدد 2، سنة 2003، ص 105.

- عبد الحفيظ الأمراتي الطوي، التحكيم في الشريعة الإسلامية: مفهوم التحكيم فيها وقضاء المجلة المغربية للتحكيم التجاري العدد 2، سنة 2003 ص 114.

- أحمد أبو الرها، التحكيم الاحتيازي والإجباري، طبعة سنة 2000، ص 30 وص

الإجراءات، وغير ذلك - مساعدتها على أن تعتمد إلى العبد.
القوانين 248

فمن المعلوم، أن منوبة لتجارة جاءت بوسائل لتدليل للصحة
التي تعرض للمقولة ضمانا لاستمراريتها بدلا من نصفيها السهولة
صاغت في إطار مسطرة خاصة إما بالوقاية من الصعوبات 249
بمعالجة هذه الصعوبات 250.

وفي الباب الثاني تحت عنوان : الوقاية الخارجية "التسوية الوية"
أشار المشرع في أكثر من موضوع إلى "المصلح" بحيث تطرق إلى
تعيينه والدور الذي يقوم به في إطار التسوية الوية، لاسيما للعمل على
إبرام الاتفاق الودي بين رنيم المقولة للتجارية أو الحرفية - التي من

ليرى الطوي الجدلاي، الوسيط في شرح لمسطرة المدنية القانون قصصتي
الحاصد وفق حر للتجديدات. الجزء الأول، الطبعة الأولى سنة 1998، ص 655.
247- إلى جانب التحكم، نظم المشرع الوسطة الاتفاقية في الفصول من 55-327
إلى 69-327 من نفس القانون المشار إليه أعلاه.

والتفق الوسطة عقد يتفق الأطراف بموجبه على تعيين وسيط يكلف بتسهيل إبرام
صلح لإنهاء نزاع نشأ أو قد ينشأ فيما بعد، بشرط أن يبرم كتابة إما في عقد رسمي
أو عرفي أو في محضر محرر أمام القاضي، ولا يجوز أن يشمل للمصالح المستتة
من نطق بتطبيق الصلح، ولا يبرمه إلا مع مراعاة النصوص أو الشروط أو
الحدود المقررة لصحة هذا الأخير.

ولجبر للملاحظة، أنه يمكن إبرامه بعد نشوء النزاع، وهو ما يسمى بعقد
فوسطة، كما يمكن للتصميم عليه في الاتفاق الأصلي، وهو ما يسمى بشرط
فوسطة، ولذا تم إبرامه لقاء مسطرة جارية أمام المحكمة، فترتب عليه وقفها
ووجوب إعلامها به دسلك قريب الأجل.

248- لأحد فكرة عن تطبيق هذه الرسائل، أنظر مثلا،
- بوز غزلان، لطرق البنية لتسوية المنازعات، مجموعة محاضرات القوت على
طلبه الأسس للناس شعبة لقانون الحاص، سنة الجامعية 2005-2006 جامعة
الحسن الثاني، المحمدية، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية.
249- أنظر قانون من 546 إلى 559 من مدونة التجارة.
250- أنظر قانون من 560 إلى 618 من نفس المدونة.

غير أن نكرر في وضعية التوقف عن الدفع، تعسلي من مسؤوليات قانونية أو اقتصادية أو مالية، أو لديها حاجات لا يمكن تغطيتها بواسطة تمويل مناسب إمكاناتها- والأدائين الرئيسيين، ذلك الاتفاق، الذي من شأنه أن يوقف أثناء مدة تنعده كل دعوى قضائية وكل إجراء فردي سواء كانت تخص مقولات المدير أو عقارته بهدف الحصول على سداد الديون موضوع الاتفاق، ويوقف لأجل المحطة للأدائين تحت صيغة سقوط أو مسح الحقوق المتعلقة بهم²⁵¹.

وفي إطار الكتاب السادس من مدونة الشغل تحت عنوان: "تموية براعات الشغل الجماعية" تناول المشرع طرق هذه التسوية التي تتمثل في التصالح -على حد تعبير المشرع- والتحكيم، حيث حصص الباب الثاني للتصالح وراجعته إلى محاولة التصالح على مستوى معتمدية الشغل واللجنة الإقليمية للبحث والمصالحة، ثم اللجنة الوطنية للبحث والمصالحة، بينما أفرد الباب الثالث للتحكيم، الذي تناول فيه مسطرة التحكيم، والطعن في القرارات التحكيمية، وتنفيذ اتفاقات التصالح والقرارات التحكيمية²⁵² وقيل ذلك كين المشرع قد نص في المادة 532 من هذه المدونة، وضمن المهام التي يقوم بها "الأعوان المكلفون بتفتيش الشغل، على إجراء محاولة التصالح في مجال براعات الشغل للوردة.

ويعتبر الصلح بين الخصوم مستجدا مهما جاء به الظهور الشريف رقم 1.02 255 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتعويض القضاة رقم 22.01 المتعلق بالمسطرة الجنائية²⁵³ حيث تناوله المشرع في إطارها كمسطرة ردية بين المتضرر والمشتكى به، تؤدي إلى وقف الدعوى العمومية مائتيا مع توجهات التشريع الجنائي النولي الحديث الذي يسير في اتجاه إيلاء العناية لضمحايا الجرائم وتمكينهم من الحصول على حقوقهم عبر تسوية حبية، بدل اللجوء إلى حكم قضائي، وتكبير بشكل

251- أنظر المولد من 553 إلى 557 من مدونة التجارة.

252- أنظر المولد من 551 إلى 585 من مدونة الشغل.

253- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5078 بتاريخ 30 يناير 2003، ص 315.

حلا وسطا بين فرلري الحفظ والمتابعة اللذين تملكهما النيابة للعس لا سيما وأنه يمكن من تجنب متابعة المتهم، وفي بعض الوقت يقدم حسا بصون حقوق لصحية وحقوق المجتمع، إلا أنه من جهة، يرتبط بحس محدد على سبيل الحصر تتميز بعدم خطورتها على النظام المس واقتصر الضرر الناجم عنها على أطرافها اللذين لا بد من رصد لتحقيق الصلح، ومن جهة أخرى يتقيد بمراقبة القضاء له قبل إقراره بأمر فصلي يصدره رئيس المحكمة الابتدائية أو من يوب عنه²⁵⁴.

كما لا بد من على أحد، المركز الذي تتبواه الأسرة في صلب المشروع المجتمعي الديمقراطي الحديث، الذي يجعل من أولوياته البوص بحقوق الإنسان، مع التثبت بمقاصد الشريعة الإسلامية والاتفاق على روح العصر، حيث كل من يتأق الحرس الملكي السمي على الأسرة المغربية، هذا لإنتاج للتاريخي ألا وهو مدونة الأسرة، التي من أبرز ما تتميز به كونها تشمل على آليات لإصلاح ذات بين بين الزوجين وتفاذي لجولهما إلى حل ميثاق للزوجية، وذلك بإجراء محلوله الصلح بواسطة حكمين تختبهما المحكمة أو من تراه مؤهلا لذلك أو تقوم به هي نفسها²⁵⁵.

وتحت تسمية "المصالحة" تم تكرير الصلح أيضا في إطار قانون حاص ينظم عمليات الاستيراد والتصدير ويتضمن مقتضيات جبائية، ويتميز بالطابع التقني فيما يتعلق بالإجراءات والمصاطر الجمركية، وبالطابع الجنائي بالنسبة للمنزعات الجمركية²⁵⁶ ألا وهو قانون الجمركي²⁵⁷ الذي يجيز للإدارة قبل الحكم النهائي، أن تصلح

²⁵⁴ انظر المادة 41 من قانون المسطرة الجنائية.

²⁵⁵ انظر المواد من 81 إلى 83 و 89 و 94 و 95 و 97 و 114 و 120.

²⁵⁶ حيث يحول المشرع لكل من النيابة العامة وإدارة الجمارك والصرايب بحس

لمباشرة حق تحريك الدعوى العمومية فيما يحسن الجرح الجمركية.

²⁵⁷ - ان القانون الجمركي ليس قانونا حديث العهد في بلادنا، وإنما ظهرت بوجده

مدا لوقت القرن العشرين، إذ يمكن اعتبار معاهدة الجردة للصعراء المبرمة في 7

أبريل 1906 نقطة الانطلاق لم القانون الجمركي المغربي، الذي عرف تطورات

الأشخاص المتابعين من أجل العمل مختلفة للفواتير ولأنظمة الجمركية مع ما يترتب على ذلك بالنسبة للأطراف المتعاقدة من انعقاد دعوى النيابة العامة ودعوى لإدارة، أو بعده، وفي هذه الحالة لا تسقط عقوبة الحبس والتدبير انوفاتي للشخصي، غير أن المصالحة - التي يجب أن تثبت بكتابة على ورق مدموغ- يمكن أن تتضمن تخفيضات جارية أو كلية للعقوبات والمصادرات والمبالغ الأخرى المستحقة، ولا تصبح نهائية إلا بعد المصادقة عليها من طرف الوزير المكلف بالمالية أو من طرف مدير الإدارة، وتلزم حينئذ الأطراف المتعاقدة بكيفية لا روج لها ولا يمكن أن يقدم بشأنها أي طعن²⁵⁸.

ويحل الصلح مكانة مهمة بين عقود المسماة، إذ حصه المشرع بالفصول من 1098 إلى 1116 من قانون الالتزامات والعقود، وتعبر أهميته إلى وظيفته باعتباره آلية لقطع النزاع بين الأطراف، وإلى نطاقه الذي يتسع لكافة الاتفاقات التي تسير في هذا المحى إلا ما استثنى بهن القانون، بل إنه يجسد مظهرا من مظاهر العدالة التصالحية التي أصبحت تشكل منظومة قانونية إلى جانب العدالة القضائية.

والصلح هو قطع النزاع، أي المعاملة بعد المنازعة، وهو عقد يرفع النزاع ويقطع الخلاف بالتراضي، أو هو عقد يحسم به الطرفان

فيما بعد نصت عبر العديد من التطيرات والقرارات لورالية إلى غاية سنة 1977 تاريخ صدور مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة بناء على الخبر الشريف رقم 1.00.222 الصادر في 5 يونيو 2000 بتقيد القانون رقم 99.02 المنجرة والتممة بموجبه مدونة الجمارك والضرائب غير المباشرة لمصالح عليها بالتطير الشريف بمطابقة قانون رقم 1 77 339 بتاريخ 9 أكتوبر 1977، هذا النص الذي ضحت فيه روح جديدة ليساير المناخ الاقتصادي الدولي ومتطلبات تحرير لتجارة العالمية ورفع الحواجز الجمركية، ويسجم مع المنظومة الدوائية، لاسيما فيما يخص المساطر الجمركية المتعلقة بالمبادلات التجارية، ويساهم كذلك في تأهيل ودعم الاقتصاد الوطني وتشجيع الاستثمار، وتحقيق العدالة الضريبية، ومعالجة بعض والنهريب، وتحقيق المعاصرة لمشروعة.

258- أنظر المواد من 237 إلى 276 من المدونة المنسار إليها في البحث السابق.

بإعاقتهما أو بتوقيان به حصول نزاع محتمل وذلك بل يتسارل كل منهما عن جزء من ادعاءاته.

وهو في مطلق الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود بمقتضاء يحسم الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقبان قيامه وذلك بتنازل د. منهما للأخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معسباً. 259. حقاً.

وعلى هذا الأسس، فإن الصلح يتطلب وجود نزاع جدي قائم قد يعرض على القضاء ويحسم بين الطرفين عن طريق الصلح فيكون عند صلحاً قضائياً، أو مجرد احتمال وقوعه فيتم الصلح لتوقيه وهي هذه الحالة لا يكون صلحاً قضائياً، هذا إلى جانب توفر نية حسم النزاع - كلا أو جزءاً - بالصلح لدى طرفيه إما بإنهائه إذا كان قائماً، أو بتوقيه إذا كان محتملاً، ناهيك عن وجوب تنازل كل منهما عن جزء من ادعاءاته أو إعطاء الآخر مالا أو حقاً معيناً، لأن المهم هو التنازل دون تقييده بضرورة أن يكون متعللاً.

والصلح عدة خصائص يتسم بها، منها أنه ريادة على كونه من العقود للمعاصرة²⁶⁰ فهو عقد معارضة نظراً لأن كل متعاقد يتنازل للأخر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو إعطائه مالا معيناً أو حقاً، وعقد فوري باعتبار أن الزمن لا يتدخل كعنصر جوهري في تكوينه، بل إنه ينتج

259- وفي نفس المعنى ما ورد في المادة 549 من القانون المدني المصري مثلاً، التي جاء فيها أن:

"الصلح عقد يحسم به الطرفان نزاعاً قائماً أو يتوقبان به نزاعاً محتملاً وذلك بـ أن يتنازل كل منهما على وجه التنازل عن جزء من ادعاءاته".

والمادة 1458 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي تنص على أن: "الصلح عقد وضع لرفع النزاع ولقطع الخصومة ويكون ذلك بتسارل كل من المتصلحين عن شيء من مطالبه أو بتسليم شيء من المال أو الحق".

260- التي نطلبها المشرع في الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود بموجب الفصول من 098، إلى 1116.

فإنه لقانونية لحظة إبرامه وقد يناحر لتتيد إلى أجل لاحق، وهو قد يكون عقدا محدد القيمة أو عقدا احتماليا بحسب مدى قدرة المتعاقدين على تحديد أو عدم تحديد قيمة الالتزامات للصولة عنه، خاصة وأنه يجوز الصلح على الأموال أو الأشياء ولو كانت قيمتها غير محققة بالنسبة لهما، وهو عقد ملزم للجانبين، لأنه يرتب التزامات متقابلة قوامها تنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه بصفه أو إعطائه حالا معينا وحقا، بحيث إذا لم يتم تنفيذه من قبل أحدهما، حق للآخر أن يطلب إما تنفيذ العقد أو صفه مع التعويض في الحالتين؛ وهو كقاعدة عامة عقد رصني لا يبطل لمشرع لانقضاء شكلا خصا، غير أنه إذا شمل إنشاء أو نقل أو تعجيل حقوق ولادة على العقارات و غيرها من الأشياء التي يجوز رهنها رسميا، تعين إبرامه كتابة، ولا يكون له أثر في مواجهة الغير ما لم يسجل بصف الكيفية التي يسجل به البيع²⁶¹.

ومن أهم خصائص عقد الصلح بصف، أنه يصب على براع قائم أو محتمل، وأن التنازل بموجبه عن الادعاءات²⁶² يكون جري لا كليا

261- نظر المصول 1098 و 1101 و 1104 و 110 من فصول الالتزامات والعقود.

262 يشترك الصلح مع الدعوى في مسألة التنازل، إلا أن التنازل في قانون الإجراءي صوما، هو ترك الخصومة وسائر إجراءاتها من قبل الخصم مع احتفظه بأصل الحق المدعى به.

وحسب قانون المظرة المدنية المغربي يمكن التنازل عن الدعوى في جميع القضايا، غير أنه لا يمكن أن يصب إلا على حق مسموح بالتعطي عنه ويملك المرء التصرف فيه، وشرطية أن يتم بعد مكتوب أو بتصريح شعري يضمن بالمحصر ويشتر فيه إلى أن الخصم تنازل عن الدعوى التي تقدمها بصفة أصلية و عارضه أو عن مطلب الذي رفعه إلى القاضي في موضوع الحق، ويترتب عن التنازل محو النزاع أصل القضاء بالنسبة للمطالبات المقدم إليه، وليس تخلي الخصم عن موضوع الحق.

والفكيك القانوني الذي يعطيه أحد رجال النقة القانوني للتنازل و الترك على حد تعبيره هو أنه تصرف فقري إجرائي بلادة منفردة يتم في تنازل الخصم عن

والهدف منه حسم النزاع متى كان قائما وتوقيفه إذا كان محتملا بشكل لا رجعة فيه ولو باتفاق الطرفين، وأنه لا يقبل التجزئة بحيث لا يطلن جزء منه أو إبطاله يقتضي بطلانه أو إبطاله كله إلا ما استثناء المشرع.

وعني عن البيل، أنه لا يمكن للصلح أن ينتج آثاره القانونية إلا إذا توفر على سائر الأركان المتطلبة قانونا لقيامه، أي أهلية للتسليم وتعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، وشيء محقق بصلح أن يكون محلا للالتزام، وسبب مشروع للالتزام.

فبالنسبة للرصي، بعد الصلح عقدا رضائيا بحيث يكفي لاعتقاده مبدئيا وجود الرصي علاوة على صحته وذلك بصوره من ذي أهلية - وهي هنا أهلية التصويت بخصوص في الأشياء التي يرد عليها الصلح²⁶³ - وكذلك حلوه من الميوب التي قد تشوبه.

ولملاحظ بخصوص هذه الأخيرة أنه بموجب الطعن في الصلح بمسبب الإكراه والتكسب، وبسبب غلط ملاي وقع في شخص المتعاقد الآخر أو في صيته أو في الشيء الذي كان محلا للنزاع، غير أنه لا يجوز للطعن

مركزه لي الخصومة وحده في التمسك بالسير فيها بينما يذهب آخر إلى أنه قد سبق يتم بإجذب من المدعي وقبول من المدعى عليه.

وبما كان الفقه في معرض تكليفه للتنازل يختلف حول ما إذا كان هذا الأخير يعتبر تصرفا قانونيا صغرا من جنبيين أو تصرفا بإرادة مفردة، فإنه لا يختلف بشأن الطبيعة المدنية للصلح، ولا بخصوص ما ينتج عنه من تنازل لحد الطرفين ملاحر عن جزء مما يدعيه لنفسه أو إعطائه مالا مبيد أو حقا، على عكس التنازل عن الدعوى التي يؤدي إلى منح التراجع أمام القضاء دون التقطع عن الحق. أنظر.

- الفصول من 19، إلى 123 من قانون المسطرة المدنية، ونمود من 231 إلى 236 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري رقم 09.08 المؤرخ في 29 أفريل 2008.

- الأتصاري حسن التبداني، الصلح التقاضي دور المحكمة في الصلح والتقويض بين الخصوم دراسة تصنيفية وبطلانية طبعة سنة 2009، من 35.

263- أنظر الفصل 1099 من ق.ق.ع.

فيه بموجب غلط في القانون أو بسبب العسر ما لم يكن مقروفاً
بالتأويل.²⁶⁴

ثم إن الصلح لا يقبل التجربة، أي أنه إذا ثبت دعوى العسر فيه
وكان ملكه البطلان أو لإبطال في جزء منه، فإن نفس الجراء يسري
على الكل ما عدا إن تبين من عبارات العقد أو من طبيعته الاستثنائيات
من المتعاقدين اعتباراً شروطه، جراءة متميزة ومستقلة بعضها عن بعض
وإذا نتج البطلان عن عدم توفر الأهلية لأي أحدهما لم يستفيد من هذا
لأخير عدم الأهلية الذي تقرر لصلحه، ما لم يشترط صراحة أنه
يتربى عن بطلان الصلح تحلل الجميع من حكمه.²⁶⁵

وفيما يتعلق بالمحل، فإنه يتصل في الحق المتنازع فيه، والذي
يتعين أن تتوفر فيه الشروط المتعلقة في المحل بوجه عام أي أن يكون
موجوداً وممكناً ومعيناً أو قابلاً لتعيين ومشروعاً وغير مخالف لنظام
العام.

وبطراً للأثر القانوني للصلح، خاصة ما يتعلق بالتنازل، فإن
المشرع المغربي عرس على تحديد للمسائل التي يمكن أن يسرد عليها
وتلك التي تستثنى من نطاقه، ذهب إلى أنه لا يجوز الصلح في المسائل
المتعلقة بالحالة الشخصية أو بالنظام العام أو بالحقوق الشخصية الأخرى
الخارجة عن دائرة التعامل، أو بحق النعمة وكذا في المسائل التي لا
يجوز التعاقد عليها شرعاً بين المسلمين.²⁶⁶

وعلى العكس، يسوع لجراء الصلح بخصوص المصالح المالية
للدجمة عن مسألة تتعلق بالحالة لشخصية، أو عن الجريمة، وعلى
الأموال أو الأشياء حتى ولو كانت قيمتها غير محسنة بالنسبة للطرفين

²⁶⁴ انظر الفقرة 1 من الفصل 1111، والفصلان 1112 و 1113. وراجع أيضاً

الفصول من 40 إلى 55 من نفس القانون.

²⁶⁵ وفق ما أوضحه المشرع في الفصل 1114 من قبل ع.

²⁶⁶ انظر الفصول من 1100 إلى 1103 من قبل ع.

وعلى طريقه أداء حق النعمة أو أقساطه المستحقة، وعلى جهة
في للتركة بعد ثبوتها فعلا لهم في مقابل مبلغ أقل مما يستحقه
شرعا، وفقا لما يقضي به القانون، شريطة علمهم بمقدار حقه من

أما السبب فيه، فهو للدافع إلى إتمامه من قبل المتعص
والذي ينبغي أن يكون موجودا ومشروعا تحت طائلة البطلان
وعليه، يجوز الطعن في الصلح لانتفاء السبب إذا كان قد اجري
سند مزرور، أو على سبب غير موجود، أو على نكارة سبق لتسليم
بمقتضى صلح صحيح، أو حكم غير قاب للاستئناف كان الطرفين
أحدهما بجهل وجوده²⁶⁷.

ومن حيث آثاره، يقضي الصلح إلى نقضاء الحقوق والادعاءات
التي كانت محلا له بصفة نهائية، وتأكيد ملكية الأشياء التي تم تسليمها
لكل من طرفيه والحقوق التي اعترف له بها من الطرف الآخر، وذلك
بصفة نهائية لا رجعة فيها ولو باتفاق الطرفين - ما لم يكن أبرم
باعتباره مجرد عقد معاوضة فقط²⁶⁸ - لأن مطلق الصلح هو الحسم
البلت في النزاع.

أذن، قد لا ينفذ أحد الطرفين الالتزامات التي تعهد بها، وفي هذه
الحالة يحق للطرف الآخر المطالبة بتنفيذ العقد - إن كان ممكنا - أو
صحة²⁶⁹ مع عدم الإخلال بتعويضه في الفرضيتين.

267- انظر الفقرة 1 من الفصل 1111 من ق.ل.ع
وما نما في معرض الحديث عن السبب في عقد صلح، تشير إلى أن قانون
الالتزامات والعقود، اعتبر "من مصالح على حق له، أو على حق يتقاه بناء على
سبب معين، ثم كسبه من شخص آخر، أو بموجب سبب آخر، غير مرتبط بالنسبة
لهذا الحق الذي كسبه من جديد بالصلح السابق".

268- تم التخصيص على الصمغ المذكور في الفصل 1106 من نفس القانون.
269- إن عقد الصمغ قد يتحل كذلك بالانصاع الذي يختلف عن الصمغ الذي هو
عبارة عن بعض الصلح بطل من المستفيدين أو أحدهما - في كون الالتزام يقضي
بمنحالة تفرغه لسبب أجنبي.

وكما هو معلوم، فإن الصبح يعيد المتعاقدين إلى نفس الموضع القانوني الذي كانا عليه عند إبرام العقد، وبحولهما استرداد ما أعطى للثقل له، دون المساس بالحقوق المكتسبة على وجه صحيح وعلى سبيل المعارضة من لدن الغير الحسلي النية، هذا ما لم تكن مباشرة الحق الذي حصل التنازل عنه متعززة، إذ يقع الاسترداد ولقد على قوته²⁷⁰

وعلا بمبدأ نسبية أثر الصلح، فإنه يتميز بتفسير الصلح في حدود ضيقة كيف كانت عباراته بحيث لا يمتري سوى على المبرعات والحقوق التي ورد طلبها. ومعنى كان الاتفاق الذي سمي صلحا يتضمن في الحقيقة هبة أو بيما أو غيرهما، وجب أن تطبق عليه بالنسبة لصحته وأثره لأحكام المنظمة للعقد المعبر تحت اسم الصلح²⁷¹.

كانت هذه فكرة عامة عن عقد الصلح، أما فيما يتعلق بتمييزه عن عقد البيع، فهو يرد على الملكية شأنه في ذلك شأن البيع، وتعلق عليه - بإحالة صريحة من المشرع في المصلين 1104 و 1107 من قانون الألقامات والعقود - بعض المقتضيات الخاصة بالبيع، من ذلك مثلا كميّة التسجيل إذا كان محله عقارا أو حقوقا عقارية أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهنا رسميا، وكذا الصلح، ذلك أن كل متعاقد يضمن للأخر الأشياء التي يعطيها له على أساس الصلح، ومن ثم إذا سلم الشيء المتنازع عليه لأحدهما واستحق منه أو اكتشف فيه عيب موجب للضعف لزم إما فسخ الصلح كلياً أو جزئياً، وإما المطالبة بالتعويض التام، ويكون الصلح الذي يتحمل به أحدهما تجاه الآخر هو الصلح المقرر لكراء الأشياء فيما لو قام الصلح على منح منفعة شيء لأجل محدد، ومع ذلك فإن الفرق الجوهرى بينهما يتمثل في التنازل الذي يرتبط بالصلح دون البيع؛ إذ أن نقل ملكية المبيع إلى المشتري يكون في مقابل الثمن، في حين أن نقل ملكية الأشياء والحقوق في عقد الصلح يكون في مقابل تنازل كل طرف للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه.

270- حسبما يظهر من مضمون الفصل 1115 من ق.ل.ع.

271- راجع في هذا الشأن كلا من الفصل 1108 و 1116 من ق.ل.ع

وعلاقة بطل الملكية في عقد المصلح، نورد نقت النظر في هذا المبحث إلى الخط الكبير الذي وقعت فيه مجموعة من الدراسات التي تناولت هذا الموضوع، حيث حملت المشرع المصري مقتضى لم يفهم بصياغة بتاتا في إطار الأحكام المنظمة لمصلح، ناهيك عن أنها خلفت نوعا من الإرباك بالنسبة للقارئ، عن طريق اعتبار المصلح ذو أثر كائنه للحقوق لا منشأ لها، استنادا إلى القانون المدني المصري الذي ينص صراحة في المادة 554 منه على ما يلي:

"المصلح أثر كائنه بالنسبة إلى ما تناوله من الحقوق، ويقتصر هذا الأثر على الحقوق المتنازع فيها دون غيرها" والتي لا علاقة لها لا بالعقد 1098 من قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه:

"المصلح عقد بمقتضاه يحسم الطرفين نزاعا قائما أو يتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء مما يدعيه لنفسه، أو بإعطائه مالا معينا أو حقا" ولا بالفصل 1105 الذي ينص على أنه:

"يترتب على المصلح أن تنقضي بهائيا للحقوق والادعاءات التي كانت له محلا، وأن يتأكد لكل من طرفيه ملكية الأشياء التي سلمت له والحقوق التي اعترف له بها من الطرف الآخر".

ومكء، فإن مناط المصلح هو التنازل عن جزء من الحقوق التي ستصبح حصرية في ملكية الطرفين أي أنها سوف تنقل إليهما.

ثالثاً، تمييز عقد البيع عن عقد الهبة²⁷²

تتمتع الهبة على الملكية، وهي من التصرفات التي تقضى على نية التبرع نظراً لعدم تنافي الواهب أي مقابل من الموهوب له، ومن هذه النية التفرقة عن البيع، غير أن الأمر يتوقف عندما تكون الهبة منطوية على التزامات يتحملها الموهوب له، قيمتها تعادل أو تفوق قيمة الشيء الموهوب، الأمر الذي يقتضي تكليف هذا المتصرف انطلاقاً من إذا كان ينبغي الاعتداد بنية التبرع دائماً، لم بقيمة العوض الذي يعطيه الموهوب له للواهب؟

إن العبرة في التفرقة بين التقدير لنية التبرع لدى الواهب، فإن وجدت كان العقد هبة ولو كانت بعوض نقدي كبير، وإذا انفتحت كل العقد فيما ولو كان المقابل النقدي أقل قيمة من الشيء المباع، ولقاضي الموضوع الكشف عن هذه النية التي تدخل ضمن مسائل الواقع التي لا يحضرن فيها لرقابة محكمة النقض؛ لما إذ كتبت نية التبرع غير معلنة في العقد، فإن هذا الأخير يكون بيعاً صورياً يخفي هبة مستترة، ومن ثم تطبق أحكام الصورية، وإذا كانت واضحة، فإنه يكون هبة مكشوفة ولا يتعد العقد صحيحاً (لا بمراعاة الشروط اللازمة لانعقده وصحته²⁷³).

272- يجب التنبه في هذا الصدد إلى أن الهبة كالوصية كل منهما تعتبر عقداً لدى المشرع المغربي وحسب الصياغة التي استعملها في كل من المادة 274 من مدونة الحقوق العينية التي نص فيها على أن عقد الهبة ينعقد بالإيجاب والقبول في محرر رسمي تحت طائلة البطلان، والمادة 277 من مدونة الأسرة التي اعتبر فيها الوصية عقداً يوجب حقاً في ثلث مال عقده يلزم بمرته، وذلك على خلاف لغة الذي جرى على أن الهبة عقد يدرج ضمن العقود الناقلة للملكية شأنها في ذلك شأن البيع، في حين أن الوصية تصرف بمرادة مفردة بنصاف إلى بعد الموت، أي أنها تصرف في تركة المتصرف وليس في ماله حال حياته، وهي تختلف عن البيع في كونها لا تؤدي إلى انتقال الملكية في الحال، بل بعد وفاة المتصرف بغير مقابل، على عكس البيع الذي يعتبر للنعم فيه عنصرًا جوهرياً

273- أنظر في هذا المعنى صمير عبد السيد تناغو، عقد البيع، مرجع سابق، ص 21.

في هذا المقام
في تناقض
بصياغة
نوع من
بالحقوقي
مسترح

في الأثر
صمد

في ذلك
سلا

في
في

المطلب الثاني أركان عقد البيع

البيع إلا بتوافر أركانه وهي المتبايعان، والمبيع والثمن

فالمتبايعان في عقد البيع هما البائع والمشتري، وتشتراط فيهما الأهلية وسلامة الرضى، وطريقة التبايع بينهما تكون بالأصالة أو بالنيابة. والعقد عليه في عقد البيع، هو المبيع والثمن، ويتطلب في المبيع من يستلزم في محل الالتزام عموماً، زيادة على أن تكون ملكيته ثابتة للبايع، كما يجب في الثمن أن يكون نقدياً وحدياً ومقدراً أو قليلاً للتقدير. أما الصيغة في البيع، فيقصد بها التعبير عن الإرادة بالبيع والشراء بالتراضي.

تلكم هي لو كان البيع كما دأبت العديد من الكتب على إيرادها²⁷⁴ أما بالنسبة لدراسة فستقتصر على التراضي على البيع والشراء والاتفاق على المبيع والثمن، ومطلقاً في هذا المضمون النص الذي يقضي فيه المشرع بأن:

"البيع يتم بمجرد تراضي عقديته²⁷⁵ على البيع والشراء وباتفاقهما على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى²⁷⁶" مع مراعاة ما إذا كان المبيع عقاراً أو حقوقاً عقارية أو أشياء أخرى يجوز رهنها رهناً رسمياً حيث يبيعي في هذه الحالة إجراء البيع وفق الشكل الذي يتطلبه القانون²⁷⁷

274- أنظر على سبيل المثال:

- عبد الرحمن بلمكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص 49 وما بعدها

275- القاعدة العامة في الاتفاقات والعقود، أنها لا تتم إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبر أنها أساسية - حسبما ينص عليه الفصل 19 من ق.ل.ع. أما العناصر التنوية، والتي ليس من شأنها التأثير على طبيعة العقد، فيمكن أن تكون موضوعاً لاتفاق لاحق.

276- الفصل 488 من ق.ل.ع.

277- أنظر الفصل 489 من ق.ل.ع.

وهكذا فإن الأركان الأساسية لعقد البيع هي التراضي على البيع والشراء، والاتفاق على المبيع والثمن

وعلاوة على جانب كبير من الأهمية، فإنه غالباً ما يكون مسبوقاً "باتفاقيات أولية" تمهيداً لإبرام العقد النهائي - كالاتفاق بالعربون والعقد الابتدائي وغيرهما²⁷⁸ - تلك الاتفاقيات التي تتجسد أكثر في البيع المعروفة مثلاً بشرط العدل أو التجربة، وبحو ذلك.

278- لقد المشرع المغربي الفصول من 288 إلى 290 من قانون التراضي والعقود، التي يستلزم من المقتضيات الواردة فيها، أن العربون، هو تلك الجزاء من الثمن الذي يعطيه أحد المتعاقدين للآخر بفصد صمدى بتعهد تمهيد، فإذا بعد هذا الأخير، خصم مبلغ العربون مما هو مستحق على من أعطاه، وإذا كان غير مستحق للتعهد، لم يفسخ العقد بفسخ من قدم العربون، كل من قبضه أن يحتفظ به ولا يلزم برده إلا بعد الحصول على تعويض تقضي به المحكمة لفائضه، أما إذا ألغى العقد بتراضي طرفيه، فإنه في هذه الحالة يتعين رده.

ويلاحظ أن القانون للمعنى المصري، ينص على أن المشرع غلب في دفع العربون خير العدول على تأكيد العقد دائماً في المادة 1073 إلى أن -

1- دفع العربون وفيه إقرار بالعقد بعيداً عن لكل من المتعاقدين الحق في العدول عنه إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك.

2- فإذا عدل من دفع العربون لفنده، وإذا عدل من قبضه رد ضمه، هذا ولو لم يترتب عن العدول أي ضرر.

وبتعبير آخر، فإن العربون ليس كل يؤدي وظيفة تأكيد إبرام العقد، إلا أنه يؤدي أيضاً وظيفة خير العدول لكل من طرفي أو لأحدهما، بحيث يكون مبلغ العربون هو مقابل العدول الذي يحصره من عدل عن العقد من الطرفين، فإذا عدل المشتري فإنه لا يسترد مبلغ العربون الذي دفعه، وإذا عدل البائع، فإنه يلتزم برد ضمه هذا المبلغ.

هذا، فيما يتعلق بالعربون، أما العقد الابتدائي، فيراد به في صورته الصحيحة الوعد بالبيع والشراء المأزم للمشتري، وهو يختلف عن البيع النهائي من حيث أن أشله تظل مؤجلة إلى وقت إتمام هذا الأخير، ويبقى البائع محتفظاً بحق حيازة المبيع واستعماله، كما لا يلتزم المشتري بأن يدفع من الثمن إلا ما اتفق عليه من تسبيق كمن تأخر أن يطلب قضائياً بالتعهد، وفي هذه الحالة يقوم الحكم القضائي مقام البيع النهائي

الفقرة الأولى : التراضي على البيع والشراء

يجب أن يكون الرضى في عقد البيع موجودا بالتعبير عن الإرادة وتوافق الإرادتين على البيع والشراء، وأن يكون صحيحا بصورته...
دي أهلية، ولما كان هذا العقد من عقود التصرف فإن الأهلية الواجبة فيه هي أهلية للتصرف لا أهلية الإدارة.²⁷⁹

وبصيغة أخرى، فإنه يتم للركون فيما يتعلق بالأهلية إلى القواعد العامة إلى جانب القواعد الخاصة بعقد البيع، وفي هذا الإطار جاء المشرع بحالات تكرر من عدم صحة التصرف لأسباب شخصية، كما هو الأمر مثلا بالنسبة للبيع المعقود من المريض في مرض موته²⁸⁰ لأحد ورثته بقصد محاباته، إذ لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة، وإن كان لمير وارث، فإنه لا يصح إلا في حدود ثلث ما يبقى في تركته بعد سداد ديونه ومصروفات جنازته، أو مهنية، من ذلك أنه لا يصوغ للمعاملة ولا للخبراء أن يشتروا لا بأنفسهم ولا بوسطاء عنهم²⁸¹ الأموال المنقولة أو العقارية التي يناط بهم بيعها أو تقويمها، أو أن يأخذوا هذه

279- إن التصرفات الدائرة بين النفع والضرر قد تكون أعمال تصرف، وهي تلك التي تهدف إلى إخراج مال من التمتع بمقتل كالبيع، أو بغير مقتل كالهبته. وقد تكون أعمال بذرة وهي تلك التي يقصد بها استثمار الشيء واستغلاله مع بقاءه في القيمة أي دون إخراجها منها، كالإيجار بالنسبة للمؤجر، فعمل هذه التصرفات ترمي إلى استعمال الشيء دون المساس بأصله بحيث تتفق مع الاستعمال الذي أعد له من قبل، فإذا كانت تتضمن تعديرا أساسيا فيه أو تعديلا في الغرض الذي أعد له كانت من أعمال الإدارة غير المعتدة، كإعادة بناء منزل مثلا.

280- ومرضى الموت هو المريض الذي يطلب فيه الهلاك ولو لسبب غير المرض وتطبق عليه في القانون المدني المصري أحكام الرصية عملا بمقتضى الفقرة 1 من المادة 916 منه التي جاء فيها أن:

"كل عمل قانوني يصدر من شخص في مرض الموت ويكون مقصودا به التبرع بالنسبة التي تعطى لهذا التصرف".

281- ويحتبر وسطاء في ملون الفصل 482، روجات الأشخاص وأهلاؤهم حتى ولو كانوا رشاء.

الأموال على سبيل المعاوضة أو الرهن تحت طائلة الحكم بالسلبان²⁸² كما لا يحق لمتصرفي البلديات والمؤسسات العامة والأوصياء والمعاذون القضاة أو المقصرون والآباء الذين يسيرون أموال أبنائهم ووكلاء الدخيلين في التعليلات (المسندة) ومصرف الشركات، اكتساب أموال من يورثون عنهم²⁸³ إلا إذا كانوا يشاركونهم على الشياع في ملكيتها، لو أخذوا على سبيل المعاوضة أو الرهن.

ثم إن الرضى ينبغي أن يكون حالياً من العيوب، والمقصود بها تلك العيبية في قانون الالتزامات والعقود، أي الخلط والتقليص والإكراه والغبن.

على أنه يلزم عدم الخلط بين عيوب الرضى وعيوب الشيء المباع حيث إن الأولى تتصل بإرادة المتعاقد وترتبط بمرحلة تكوين العقد ويرتبط

282- علماً أن هذا المص لا يمتد إلى هؤلاء الأشخاص إلا بالنسبة لحقوق المتزاع فيها، وفي هذا المص تبين المادة 471 من نص القانون المشار إليه في البحث السابق بأنه:

"لا يجوز للقضاة ولا لأعضاء النيابة ولا للمعاصرين ولا لكتبة المعاصم ولا لمحصرين أن يشتروا بأموالهم ولا باسم متعار الحق المتزاع فيه كله أو بعضه إلا كان المثل في المراع يحمل في اختصاص المحكمة التي يشاركون أعمالهم في دارقتها وإلا كان البيع باطلاً".

لذلك، قرر المشرع المصري أن الشرء في هذه الحالة يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. 283- فالأصل هو عدم جواز تعاقد الناقد مع نفسه سواء باعتباره نائباً عن كل من الطرفين وباعتباره نائباً بدهب وأصيلاً عن نفسه، غير أن هذه القاعدة أزيلت من منطلقات النظام العام، كما يتضح مثلاً من الفقرة 2 من الفصل 480 من قانون الالتزامات والعقود التي جاء فيها:

"إلا أنه يمكن إجازة الحوالة أو البيع أو المعاوضة أو الرهن من حصل التصرف لصالحه، إذا كانت له أهلية التقويت، أو من المحكمة أو من أية سلطة مختصة أخرى..." والمادة 108 من القانون المدني المصري حيث ورد فيها أنه:

"لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من يورث عنه سواء أكان لتعاقد لصحه هو أم لأصل شخص آخر دون ترخيص من الأصل، على أنه يجوز التصرف في هذه الحالة أن يجوز التعاقد.

كل هذا مع مراعاة ما يخلفه مما يقضي به القانون أو تراعى القبول".

على وجودها ليطال 284 في حين أن التلبية تتعلق بالشئ المبيع
- لا فرق بين أن تكون خفية أو ظاهرة أو مجرد نقص في
وهي بذلك لا تطهر إلا عند تنفيذ العقد رغم أن السبب المبيوع
كان موجودا قبل إبرامه - وتحول لصح العقد 285

الفقرة الثانية، الاتفاق على البيع

إن المبيع هو محل التزام البائع، ويخصص لأحكام محل، لأن امت
التعاقدية بوجه عام، إذ يشترط فيه أن يكون موجودا أو على الأقل قابلا
للوجود، ومعينا أو قابلا للتعين، وأن يكون مشروعا أي دخلا في دائرة
التعامل بحسب طبيعته أو بحكم القانون 286 ويمكن إضافة شرط آخر إلى
الشروط السابقة، ويتمثل في وجوب كون المبيع مملوكا للبائع ملكية
تامة، باعتبار أنه لا يصح مبدئيا بيع ملك لغير 287 الذي يعد صورة من
صور التصرفات الواردة على محل مستقبل غير مستحيل استحالة
مطلقة، لكنه غير محتمل الوجود نظرا للظروف الموضوعية للملازمة
لإبرام العقد.

أولا: وجوب كون ببيع موجودا أو قابلا للوجود

يشترط في المبيع أن يكون موجودا أثناء التعاقد، حتى ولو ملك
فيما بعد، ما لم يتفق على غير ذلك، على أساس أن البيع يكون تامة
بتراضي عاقيه أحدهما بالبيع والآخر بالشراء وباتفاقهما على المبيع
والشئ وشروط العقد الأخرى، ما لم يكن المبيع عقارا أو حقوقا عقلية
أو أشياء أخرى يمكن رهنها رسميا، حيث يجب إجراء البيع كتابة
في محرر ثابت التاريخ وتسجيله في الشكل الذي يحدده القانون

284- انظر الفصل 39 من ق.ل.ع.

285- انظر في ذلك الفصلان 549 و 556 من ق.ل.ع.

286- راجع الفصول من 57 إلى 61 من قانون الالتزامات والعقود المتعلقة بمحل

الالتزامات التعاقدية.

287- عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظر والعمل، مرجع سابق، ص 107

وبالتالي، فإن المشتري يكتسب بقوة قانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تصام العقد بالقراضي، وينحل مصروفات العقد وتبعا هلاك المبيع ولو قبل حصول التسليم ما لم يشترط العكس²⁸⁸.

ومكدا، فإن مقتضى شرط وجود المبيع، هو وجود المعلي أثناء إبرام العقد ولا كان المبيع باطلا لتختلف بعد أركانه الجوهرية، أما إذا انعقد بتوفرها كلها ثم انحال بعند على البائع تسليم المبيع بهلاكه بقوة قاهرة فيه يفسخ، وبثبت للمشتري حق استرداد الشئ لهما لم دفعه²⁸⁹ أولا

ويمسح أن يكون المبيع شئ أو حق مستقلا - أي قابلا للوجود - بحيث يخلب الاحتمال على وجوده مستقلا - كان بإتزم شخص ببيع عقر في طور الإنجاز، أو يتعهد صانع ببيع بضائع في طور الصنع ونحو ذلك من الصور - مع مراعاة الاستثناءات المقررة في هذا الباب، منها على سبيل المثال، منع للتصرف في تركة مستقبلة لم في هذا الأمر من إحلال بالأدب وتصارب على موت إنسان لازال حي. ويجد هذا للمع سند في الفصل 61 من قانون الالتزامات والعقود²⁹⁰

والجدير بالذكر، أنه لا ينحل في نطاق قاعدة شقراط وجود الشيء المبيع أثناء التعاقد، الأشياء العتلية، لأنها تكون دائما موجودة في الأسواق، على عكس الأشياء المعينة بالذات، التي قد تكون حاضرة أو مستقبلية بحسب ما تتجه إليه إرادة المتعاقدين، ومن ثم فإن وجود المبيع

288 - انظر لفصوص 488 و 489 و 491 و 493 من ق.ل.ع

289 - عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين القنطو والعمل، مرجع سابق، ص 112.

290 - الذي يخلص على ما يلي:
"يجوز أن يكون محل الالتزام شئنا مستقبلا أو غير محقق فيما صدا لاستثناءات المقررة بمقتضى القانون. ومع ذلك، لا يجوز التنازل عن تركة الإنسان على أنه حياة، ولا إجراء أي تعامل بها، أو في شيء مما تشمل عليه، ولو حصص برصاء. وكل تصرف مما سبق يقع بطلا بطلانا مطلقا" وبطبيعة الحال، فإن ما يتصرف فيه المرء بموجب عقد الوصية في حدود الثلث يكون صحيحا.

أو قابليته للوجود، إنما هو شرط يتعلق بالأشياء المعينة بالذات وليس غيرها.

ثانيا: وجوب مكنون المبيع معينا أو قابلا للتعين

يشترط في المبيع أيضا أن يكون معينا أو قابلا للتعين²⁹¹ ولعل لغاية من تعيين المبيع تعيينا عاما لأوصافه ومشتقاته مانعا للجهل به وخطئه بعينه، هو حصول العلم به والتحقق من معرفته ولو لم يسهل المشتري، خصوصا وأن القاعدة هي عدم رؤية المشتري للمبيع والاكتفاء فحسب بالتعيين الدقيق له²⁹².

ومن ثم، فإنه يقصد بتعين المبيع، حصول العلم به وعدم الجهل به جهالة فاحشة قد تمنع التبايع أو تكون سببا للنزاع. وفي هذا الصدد ينص المشرع في أحد نصوص قانون الالتزامات والعقود:

"يسوع أن يرد للبيع على شيء غير محدد إلا بنوعه. ولكن البيع لا يصح في هذه الحالة إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو الميزان والصفة، على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بنية وتبصر".

فالتعيين إذن يختلف بالنظر إلى طبيعة الشيء المبيع: ففي بيع الأشياء القمية التي ليس لها مقابل في السوق - يكون للتعين بتحديد مواصفاتها بدقة كي لا تختلط بما يشابهها. وفي بيع الأشياء المثلية، يتم التعيين عن طريق تحديدها بالنوع أو الوزن أو المقياس أو العدد أو الصنف²⁹³.

291- عملا بالفصل 58 من قبل ع الذي ورد فيه أن: "الشيء الذي هو محل الالتزام يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه. ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد".

292- حدد المرحوم بلعكيد وثيقة البيع بين النظار والعمل، مرجع سابق، ص 148

293- انظر الفصل 486 من قبل ع

وفي البيع الجزائي²⁹⁴ هو الذي يرد بشئ واحد على جملة شئيين دون أن يختار عندها أو ورثها أو قيسها، إلا لأجل تعيين لمن المجموع²⁹⁵ يحصل التعيين بكيفية إجمالية في شكل صفة واحدة مع تحديد جنس المبيع.

وفي بيع الخيار - وهو البيع الذي يشترط فيه ثبوت الحق للمشتري أو للبائع في نقصه خلال مدة محددة، ويلزم أن يكون هذا الشرط صريحاً، ويجوز الاتفاق عليه، إما عند العقد، وإما بعده فيحصل بصافي - لا يتحدد المبيع لا وقت تحقق الشرط للوائف، وهو ما ينطبق على البيع بالعينة والبيع بشرط المذاق والبيع بشرط التجربة: هي البيع بالعينة، يعين المبيع من خلال نموذج يمثل جزءاً من المبيع ككل، وعلى البائع أن يصمم صناديق النموذج في المبيع. وفي البيع بشرط المذاق يتحمل بائع تبعة هلاك المبيع، ما لم يجز مذاقه ولم يتم قبوله من قبل المشتري. وفي البيع بشرط التجربة، الذي يحتفظ فيه للمشتري بحق تجربة المبيع وعلق قبوله على مدى ملاءمته لحاجته للمحصنة، لا يتم تحديد المبيع إلا بتجربته.

294- فالبيع الجراف، يرد على الأشياء المثلية دون تقديرها، وإنما جرافاً على أساس ما هو موجود منها في مكان معين بالذات، ويظهر لأن التعيين بمعرف فيه إلى هذا المكان، فإن البيع يعتبر بمثابة بيع لشيء معين بالذات وليس ببيعاً لشيء مثلي مع ما يترتب على ذلك من انتقال الملكية من وقت البيع وليس من وقت لإقرار كما في بيع المثليات، كما لا يتم تقدير هذه الأخيرة بكونها لو باعده أو بالكيل أو بالمقاس، فإن البيع يسمى حينئذ البيع بالتقدير، نسبة إلى تقديرها الذي ينبغي أن يحصل وجوباً عند تسليم المبيع إلى المشتري بحدود الطرفين أو باتباعها.

315- تبعا لما نكره المشرع في الفقرة 2 من النص 490. وفي الفقرة 1 منه نص على أنه:

"إذا حصل البيع جرافاً، فإنه يكون قائماً بمجرد أن يتراض المتعاقدان على المبيع والثمن وشروط العقد الأخرى، وهو ثم تكتف الأثنية التي يرد عليها، قد وركبت أو عدت أو قيمت أو كيلت".

ثالثا: وجوب كون البيع قابلا للتعامل فيه²⁹⁶

من الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل بها بحكم القانون بحسب طبيعتها، أو بموجب الاتفاق²⁹⁷ - لا يجوز أن تكون محلا لبيع نظرا لتخلف عنصر مشروعية المحل فيها²⁹⁸ الذي يقوم إلى جانبه عنصر آخر يتلخص في قدرة البائع على التصرف في المبيع، بأن يكون مملوكا له، لما إذا كان غير كذلك، فتسري عليه عندئذ أحكام بيع ملك

بفقرة الثالثة: الاتفاق على الثمن²⁹⁹

الثمن هو محل التزام المشتري الذي يكمن في مبلغ من النقود يتعهد هذا الأخير بدفعه للبائع في مقابل نقل ملكية الشيء المباع إليه ويشترط فيه أن يكون نقديا وجديا ومقدرا أو قابلا للتقدير.

أولا: وجوب كون الثمن نقديا

يعني الثمن في اللغة، القيمة سواء من النقود أو من غيرها؛ وعلى عكس نظيره المغربي، عمل المشرع للمصري على إبراز الوصف

296- انظر الفصول 57 و 59 و 494 و 551 و 601 من ق.ل.ع.
297- إن البيع الذي يخرج عن دائرة التعامل إما بحكم القانون، وإما بحكم طبيعته باعتباره بابا لبيع لعدم إمكانية الاستئثار به وحيالته، أو لعدم إمكانية تداوله بين الناس عرفا، وإما بموجب الاتفاق، لا يصلح أن يكون محلا في عقد البيع لانقضاء شرط قابلية التعامل فيه.

298- ينص مثلا الفصل 484 من ق.ل.ع على أنه:
"يُعطى بين المسلمين بيع الأشياء المستندة من المحاسن وفقا لشريعتهم مع استثناء الأنبياء التي تحجر هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسلحة الحربية المستخدمة في أغراض القتال".

299- من النصوص التي تؤكد على عنصر الثمن في عقد البيع، الفصول 478 و 487 و 488 من ق.ل.ع.

بمضي ثلثين عامًا، العصر المميز للبيع عن غيره من النصب في
الأخرى، ذهب إلى أن
جميع عقد بلزوم بمقتضاء الدائم من يفل للعنترى ملكية شيء أو حق
مالي آخر في مقابل ثمن نقدي³⁰⁰.

وهكذا يكون المشرع المغربي قد كفى عند تعريفه لعقد البيع في
الفصل 478 من قانون الالتزامات والعقود بالإشارة إلى النقص دون أن
ينكر صراحة نفيته. ومع ذلك لا يعني في عقد البيع أننا حصل عن
شئ أو متاعا قانونيا³⁰¹ سواء كانت ورقية أو معدنية أو غيرها³⁰² إلا
اعتبر الحظ معاوضة لا بيعا، إذ تمت معاوضة شيء أو حق نفسي أو
حق آخر من نفس نوعه أو من نوع آخر.

300- أنظر الفصل 418 من القانون المدني المصري.

301- من المهام الأساسية التي يمارسها بنك المغرب الصادر بقانونه الأساسي
لتطوير الشريفة رقم 10538 بتاريخ 23 نونبر 2005 بتنفيذ القانون رقم 7601 -
المشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 في 20 فبراير 2006 ص 427- المنظر
إصدار الأوراق البنكية والقطع النقدية الراتجة قانونا في المملكة المغربية كما نص
على ذلك المادة 5 منه.

ومن العمليات التي يمارسها إصدار الأوراق النقدية وترويجها وتسحبها
وفي هذا السياق نص المادة 15 منه على ما يلي:

"الأوراق النقدية المعدنية التي يصدرها البنك لها وحدها حق الترويج لقبولي
والقوة الإبرانية في مجموع دراهم المملكة

تحمل الأوراق البنكية توقيع كل من والي بنك المغرب ومندوب الحكومة".

302- من المعلوم أن النقود ظهرت بعد أن سادت المقايضة أي مبادلة سلعة
بأخرى أو خدمة بخدمة أو سلعة بخدمة. ربما طويلا، والتحدث لشكالا مختلفة عبر
مراحل تطورها من نقود معدنية إلى معدنية ورقية ثم مصرفية، وهذه الأخيرة هي
أهم وسيلة للتفيع في الاقتصاد المعاصر.

ثانياً وجوب سكون الثمن جدياً

المقصود بالثمن الجدي، الثمن الذي يجري به الدعا،³⁰³ أن يكون مساوياً لقيمة المبيع حسب سعر السوق لو تبعاً لما يريه الناس.

وهكذا، إذا كان الثمن بخساً بحيث لا يمثل سوى جزء من قيمة المبيع، فإن البيع يعتبر صحيحاً، غير أن البائع يكون مغبون ويتنازل بحق له لمطالبة بإبطال العقد إن توفرت شروط للمبطل. فالغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تكليس الطرف الآخر، أو منه أو الشخص الذي تعامل من أجله، واستثناءً بحول الإبطال، إذا حصل للطرف المغبون قاصراً أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه،³⁰⁴ مساعده لفصائي، وفقاً للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثم تكليس من الطرف الآخر، ويعتبر غبناً كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء.

في حين لو كان الثمن تلفاً، بمعنى أنه يشكل مبلغاً زهيداً، يتناسب مع قيمة المبيع ويجعله أقرب إلى العدم منه إلى الوجود، فلا يعتد به البيع بل ينظر إليه على أنه هبة صريحة لا مستترة.³⁰⁵

303 راجع قرار المجلس الأعلى رقم 615 الصادر في لطف العقاري عدد 5660-78 بتاريخ 4 أبريل 1989. المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 42-43 ص 196.

ويكون الأمر كذلك، أي أن الهبة تكون صريحة، إذا ذكر الثمن في العقد وهي نفس قولت أن البائع هبة للمشتري أو إجراء منه، وبطبيعة الحال، لأن العقد هنا لا يتم إلا إذا ورد في محرر رسمي طبقاً للفقرة 2 من المادة 274 من مئونة الحقوق العينية، وتكون مستترة إذا ذكر ثمن جدي في العقد دون أي شيء آخر يستنتج منه أن للبائع ثمن للمشتري، غير أنه يتم التخصيص عليه في تعلق آخر، إذ في مثل هذه الفرصة يوجد عدلي أحدهم بيع صوري والآخر عقد هبة حقيقي.

ثالثاً، وجوب كون الثمن مقدراً أو قابلاً للتقدير

للقاعدة في عقد البيع أن يتفق البائع والمشتري على تقدير الثمن في صلب العقد، عملاً بمبدأ سلطان الإرادة، أي يجب أن يكون الثمن الذي يتفق به البيع محيياً، ولا يصح أن يعهد بتعيينه إلى أحد من الحير ولا إلى بيع الشراء بالثمن الذي تشتري به هذا الأخير، ما لم يكن هذا الثمن معروفاً من المتعاقدين، غير أنه يجوز أن يتم لشراء بالثمن الذي تشتري به البائع وهو ما يسمى في الفقه الإسلامي ببيع الأمانة ومطالبة من يصنع المشتري ثمنه في البائع فيشتري منه بغير الثمن الذي تشتري به

ولا يشترط بالضرورة أن يكون الثمن مقدراً، وإنما يكفي أن يكون قابلاً للتقدير على أساس موضوعي معين يتمثل في الركوب إلى الثمن المحدد في قائمة أسعار السوق، أو إلى تعريفة معينة، أو إلى متوسط أسعار السوق، إذا ورد البيع على بضائع لا يتعرض ثمنها لتقلبات، أما إذا ورد البيع على بضائع يتعرض ثمنها لتقلبات، فيعرض في المتعاقدين أهم ركناً إلى متوسط الأسعار التي تجري بها الصفقات.

ومما يجدر ذكره في هذا العنصر، أنه إذا كانت القاعدة في عقد البيع أن يستقل البائع والمشتري بتقدير الثمن، وفق ما يبيده أعلاه، فليس ثمة حالات لا يتم فيها التقدير على هذا النحو، كما في البيع الجبري والبيع بالمزاد العلني تنفيذاً لحكم قصفي³⁰⁴.

304- البيع الجبري بيع يتم عادة على إثر صدور حكم على شخص ما بإداء دين لفائدة المحكوم له الذي يطالب بالتعويض بحيث إذا امتنع المدين لستعمل عنده ومثل لتنفيذ الجبري، منها حجر أمواله وبيعها يوماً خاصاً وصورة البيع بالمزاد العلني، أن يعرض البائع البضاعة التي يريد بيعها، ما بلوائته الحرة أو تنفيذاً لحكم قضائي، ويبدأ عليها بعد تعيينها بدقة، ويخرج من التسليم للمزاد من قبل صاحبها أو فيما منطوق الحكم، ثم تستمر المزاد، إلى أن يرسو المزاد على آخر مزاد، فيعتبر عرضه يجب يحتاج إلى قبول ليعقد البيع فوراً.

المطلب الثالث الآثار القانونية لعقد البيع

للقاعدة في تشريعنا أن المشتري يكتسب بقوة القانون ملكية الشيء المبيع بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه³⁰⁵ ويتمخض عن ذلك تسليح مهمة تتمحور أساسا حول نقطتين، إحداهما تتعلق بمسدى المسؤولية التصرف في المبيع والثمن من لاد المتعاقبين، وترتبط الأخرى، تحديد الطرف الذي تلقى على عاتقه تبعه الهلاك ونطاقها³⁰⁶:

ليجوز للمشتري ولو قبل التسليم، التصرف في المبيع -كتفويته مثلا- وعليه أداء مختلف الأعباء التي تنقله من ضرائب ومصارف وغيرها، كما تقع عليه تبعه هلاكه ما لم يتفق على خلاف ذلك، غير أنه لا يتحملها في البيع بالحيار إلا من وقت تحقق الشرط الواقف، والباقي لـ يتصرف هو الآخر في الثمن ولو قبل الوفاء - كتحويل حقه فيه³⁰⁷ - إلا إذا اشترط غير ذلك.

وإذا كل البيع بالقياس أو بالكيل أو على شرط التجربة أو على شرط المذاق، فإنه يظل متحملا تبعه هلاك المبيع - ولو كان في يد

305 لقد كرسها قانون الالتزامات والعقود في الفصل 491 منه، وإلى كان يلزم عدم لحدف على إطلاقها، لوجود حالات يبرم فيها عقد البيع، إلا أن تنتقل ملكية المبيع من البائع إلى المشتري يتأخر إلى وقت لاحق، كما في الفصل 489 منه، حيث يتطلب المشرع إجراءات شكلية معينة.

306 - وهو ما يمكن إستنتاجه من خلال فramerة التقصيصات التي نوردتها قانون الالتزامات والعقود، لآثار البيع بوجه عام.

307 قلنا إنه يحق للمشتري التصرف في المبيع والبائع في الثمن، غير أن المشرع، سنشئ من هذا الحكم بيع المود المدفوعة المدفوعة بين المسلمين، علا بمقتضى الفصل 492 من نص القانون الذي جاء فيه أنه:

"عمر- ثمن البيع يبرع للمشتري نفوت الشيء المبيع ولو قبل حصول التسليم. ويبرع للبائع أن يحتل حقه في الثمن ولو قبل الوفاء وذلك ما لم يتفق الماقدان على خلافه. ولا يصل بهذا الحكم في يبرع للمود المدفوعة المدفوعة بين المسلمين".

المشتري - ما دام لم يجر قيسه أو عدّه أو تجربته أو مذاقه أو فحصه ولم يحصل قبوله من المشتري أو من نائبه، وذلك حتى ولو كان المبيع موجوداً في يد المشتري.

وإذا تعلق أي البيع - بالنظر على الأشجار قبل جنيها، فإنه يتحمل ملكها في تمام نضجها بل ويبقى المبيع أثناء نقله في ضمانه إلى أن يتسلمه المشتري.

وغني عن البيان، أن الالتزام بنقل الملكية يعد في الحال وبمجرد إبرام العقد متى كان البيع وارداً على منقول معين بالذات، وإن كان غير معين بالذات في نقلها يعلق على بقاء الشيء المبيع، لما إذا كان البيع منسباً على عتار، فإن الالتزام بنقل الملكية لا يتحقق إلا بتسجيل عقد البيع وفق الشكل الذي حدده المشرع، كما لا يتحقق إلا إذا كان الشيء المبيع مملوكاً للبائع، وإذا لم يعلق انتقال الملكية على حدوث امر معين بنص القانون أو الاتفاق.

هذا، وتترتب عن البيع للمستوفي لأركانه التزامات متبادلة بين البائع والمشتري نتاولها تبعاً على النحو الآتي:

الفقرة الأولى: التزامات البائع

يتحمل البائع بالتزامين أساسيين: الالتزام بتسليم الشيء المبيع ثم الالتزام بضمانه.

أولاً: الالتزام بتسليم الشيء المبيع

1- معنى التسليم ومشتملاته

يقصد بالتسليم النحلي، وقد عبر عنه المشرع بقوله: "التسليم يتم حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع، ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته بدون عائق" ليس هذا فحصاً، وإنما يتعين عليه أن يسلمه إليه في الحالة التي كان عليها

عند البيع دون إجراء أي تغيير فيه ابتداء من هذا الوقت³⁰⁸ أي أنه مدعو إلى التقيد بمضمون التسليم.

وفي هذا المعنى، تنص المادة 367 من القانون المدني المصري على أنه:

"يتم التسليم بوصف المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من خياره والانتفاع به دون عائق ولو لم يتسلمه تسليماً مادياً ما دام البائع قد أحبره بأنه مستعد لتسليمه بذلك ويحصل التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع.

وقد يتم التسليم بمجرد تراضي الطرفين على البيع إذا كان المبيع موجوداً تحت يد المشتري قبل البيع أو كان البائع قد استثنى المبيع فسي حيزه بعد البيع لمسبب آخر لا علاقة له بالملكية"

ومما تجدر الإشارة إليه هنا، أن التسليم الذي يعد مجرد التزام بشئ عن عقد البيع، لا يقل الملكية، وإنما يقلها هذا الأخير وأن نقل الحيازة المادية من البائع إلى المشتري ليس ضرورياً لتسليم التسليم لاسيما في الحالات التي وكفى فيها بنقل الحيازة الحكيمة³⁰⁹.

وعموماً، يشمل الالتزام بتسليم الشيء وصفاً وتواضعاً وفقاً لما يقتضي به اتفاق الطرفين لو ما يجري به العرف، فإن لم يوجد اتفاق ولا عرف

308- لنظر بشأن ما تقدم عرصه، الفصول من 492 إلى 499، الفصل 512 والمصنوع من 498 إلى 531 من ق.ل.ع.

309- كما في الفصل 401 منه الذي ينص على ما يلي:
 "يتم تسليم الحقوق المعنوية... إما بتسليم المندات التي تثبت وجودها، وإما بالاستعمال الذي يباشره المشتري بها بوصف البائع، وإذا اقتضى استعمال الحقوق المعنوية حيازة شيء معين، وجب على البائع أن يمكن المشتري من وضع اليد عليه بدون عائق"

فيجب للقواعد التي أحال عليها المشرع في قانون الالتزامات والعقود³¹⁰.

2- ظروف التسليم ومصرفاته

رغم أن المشرع صاغ أيضا للقواعد التي ينبغي للركب أن يفيها حالة بكرة العقد عن تعيين مكان ورمز التسليم، فإن البائع والمشتري غالبا ما يحدان إلى تحديدتهما بموجب اتفاق حصاة

فالتسليم حسب قانون الالتزامات والعقود³¹¹ يجب أن يتم في المكان الذي كان الشيء موجودا فيه عند البيع، ما لم يتفق على غير ذلك، وإذا نكر في عقد البيع أن الشيء موجود في مكان آخر غير الذي كان موجودا فيه حقيقة، وجب على البائع نقله إلى المكان المبين في العقد، إذا طلب المشتري ذلك.

هذا عن مكان التسليم، أما فيما يتعلق بزمانه، فيجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن.

أما عن مصروفات التسليم، فعلمنا يتحمل المشتري مصروفات أداء الثمن والتوثيق والتسجيل وغيرها، فإن النفع يتحمل هو الآخر النفقات التي تتطلبها عملية وضع المبيع تحت تصرف المشتري لكونها جزء من وجب التسليم كمصروفات الكيل والورن والمعمرة إذا ما أبرم السمسار البيع بنفسه ونحوها، ما لم تقص العادات

310- وبالوسط في الفصل 516 منه. أنظر كذلك الفصل 517 وما بعده من نفس القانون.

311- مثلا يشمل بيع الحيوان- وقف الفصل 523- صيغة الذي يوصف، وصيغة أو غيره أو شجرة المتين للجزء.

312- أي الفصل 502 منه

المطية أو اتفاقات الطرفين بخلاف ذلك³¹³ - مع العلم أنه يمكن للبائع الامتناع عن القيام به - أي التسليم - إلى أن يؤدي المشتري الثمن المتفق عليه تطبيقاً لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ الذي يعتبر أحد مميزات العقد التبادلي

والملاحظ، أن المشرع جاء في عدد البيع بحالات أخرى تحولله الحق في الامتناع عن تسليم المبيع بل وحجبه مع مسؤوليته عنه مسؤولية المرتبه رها حيازيا لسقوط في حوزة³¹³ فهو لا يجبر على تسليم المبيع إذا لم يمنح المشتري أجلاً للوفاء بالثمن، ولم يسأله هذا الأخير بعرضه عليه؛ كما أنه لا يجبر على تسليمه ولو كان قد منح أجلاً للوفاء بالثمن إذا أصر المشتري بعد البيع، أو فُتس بالفعل عدد البيع بدون علم البائع، أو قلل من التأميدات المقدمة من طرفه لضمان الوفاء بالثمن على نحو يمكن أن يعرض البائع لخطر ضياعه عليه³¹⁴.

لكن، إذا هلك المبيع قبل التسليم، فإنه يحق للمشتري أن يطالب بقيمة المبيع أو بتعويض يعادل النقص في قيمته إذا كان المبيع شيئاً معيناً بذاته وهناك لو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطئه، وإذا كان شيئاً مثلاً - معيناً بنوعه - فإن البائع يلتزم بأن يسلم للمشتري مثيلاً له في صنفه ومقداره، مع تعويضه عند الاقتضاء، ما لم يكن قد هلك أو تعيب بفعله أو بخطئه، حيث يتعين عليه أن يتسلمه في الحالة التي هو عليها ويضع الثمن كاملاً³¹⁵.

313- انظر الفقرة 1 من الفصل 504 والفصلان 509 و 510 من نص القانون.
313- وبصن الفصل 508 على أنه.

"إذا بشر البائع حق حبس المورع بمقتضى المرسوم المسافة، كان مسؤولاً عن الشيء مسؤولاً المرتبه رها حيازيا لسقوط عن الموهون الذي في حوزة".

314- انظر الفقرة 2 من الفصل 504 والفصل 507 من ق.ل.ع.
315- انظر الفصلان 513 و 514 من ق.ل.ع.

ثالثاً، الالتزام بضمان الشيء المباع

يخضع في البقاع أن يمكن المشتري من الحيولة الهادئة للشيء المباع والاستفادة منه وفقاً لما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى الاتفاق.

وبتعبير آخر، فإن البائع يتحمل بالضمان "الضمان الواجب على البائع للمشتري بفعل" ³¹⁶ أمرين:

أولهما، حرز ³¹⁷ الشيء والتصرف فيه بلا معارضة "ضمان الاستحقاق"، وثانيهما، عيوب الشيء المباع "ضمان العيب".

والضمان يلزم البائع بقوة القانون وليس بمقتضى شرط، وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان.

غير أن البائع لا يلزم بأي ضمان أصلاً، إذ وقع انزعاع الضمان بالإكراه أو نتيجة قوة قاهرة، أو بفعل المصلحة - ما لم يكن فعلاً مبنياً على حق سابق ثلث لها بحولها للعمل على احترامه أو على فعل يعرض إلى البائع - أو إذا حصل للمشتري عرقلة في التصرف نتيجة تعدد من الغير بدون أن يدعي أي حق على العين المباعة ³¹⁸.

1- ضمان التعرض والاستحقاق

أ- ضمان التعرض

"على البائع أن يلتزم بالكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري، أو حرمانه من المربى التي كان له الحق في

316- حسبما جاء في الفصل 532 منه.

317- ومما جاء ذلك لمركز الواقع الذي يتقاسم من ممتلكات على شيء يجعل صاحبه يظهر بمظهر المالك بعد، لا غير هو وضع اليد على شيء والتصرف فيه بصفة متصلة وعالنية ومطلقة.

318- كما ينص على ذلك الفصل 546 من قبل ع.

أن يعمل عليها بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها،³¹⁹ "و هذا هو ضمان التعرض

والتعرض الذي يصدر عادة عن البائع يكون إما ملابا- وبشرح في هذا المصطلح، كل تصرف مادي يقوم به البائع ويكون من شأنه الإصرار بالمشتري كبيعته نفس المبيع لمشتري آخر أو إقامته على مباديته غير الشريعة للمشتري بعد تفويت المبيع إليه³²⁰ -أو قانونيا- وهو الذي يستند إلى وجود حق قانوني سابق كان ثابتا للبائع سواء كان من الحقوق الشخصية أو العينية.

يبدل أن البائع يلتزم أيضا بدفع التعرض الصادر عن الغير بتوافر شرطين³²¹: أحدهما أن يكون تعرض الغير قسويا لا ملابا- كإداعته بأن له حقا على الشيء المبيع- والآخر، أن يكون سبب التعرض مرتبطا بفترة ما قبل التعاقد- كما في بيع ملك للغير بد في هذه الحالة يتحمل البائع نتائج التعرض الصادر عن الغير، وبالتالي يحق للمشتري مطالبته برفعه.

ب- ضمان الاستحقاق

يراد بالاستحقاق انقراض المبيع من المشتري أو تهديده بانقراضه منه، وهو غالبا ما يكون مسبوقا بالتعرض الذي يمهده به. وقد حل المشرع لبائع هذا النوع من الضمان، وساق حالاته بقوله:

319- الذي ورد النص عليه في الفصل 533 من ق.س.ع.

320- انظر في هذا الشأن.

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 4 سبتمبر 1978، المنشور بالمجلة المغربية للعلوم والسياسة والاقتصاد، العدد 4 سنة 1978، ص 131.

- وقرره الصادر في فاتح أكتوبر 1976، المنشور بالمجلة المغربية للعلوم والسياسة والاقتصاد، العدد 5 سنة 1979 ص 41.

321- وذلك حسب رأي بعض رجال الفقه القانوني المصري والعراقي.

"يلتزم البائع أيضا بقوة القانون بأن يصنع للمشتري الاستحقاق الذي يقع
ضده مقتضى حق كان موجودا عند البيع.
ويكون الاستحقاق واقعا ضد المشتري في الحالات الآتية
1- إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه
2- إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه
3- إذا اضطّر المشتري إلى تحمل حسارة من أجل فقدان المبيع".

ومن حيث أنواعه، يكون الاستحقاق كلّا أو جزئيا ويلزم البائع
بالمصان فيهما معا لأن "استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله
إذا بلغ هذا الجزء بالنسبة إلى الباقي من الأهمية حدا، بحيث إن
المشتري ما كان لمشتري بدون ذلك الجزء"³²².

غير أن مظاهر الاستحقاق لا تنفد عند هذا الحد، ومن ثم لا
يقتصر صمد البائع على دفع الاستحقاق لهائف إلى نزاع الملكية من
المشتري كلّا أو جزئيا، وإنما يتسع ليشمل حتى ضمان التحويلات
والأعناء القانونية غير الظاهرة أو غير المصرح بها بل لتعقد، لأن
الواجب يقتضي من البائع، إعلام المشتري بكل الجوانب التي تخص
الشيء المبيع، ليكون على بينة من أمره، وهو ما ينص عليه المشرع
فإنّلا:

"ويسري نفس الحكم، إذا كانت العين مثقلة بحقوق ارتفاق غير ظاهرة
أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع".

ج- آثار التعرض والاستحقاق

وضع المشرع رهن إشارة المشتري وسائل لحماية حقه مما
يتهدده من خطر التعرض والاستحقاق، تتمثل فيما يلي:

³²²- انظر الفصل 534 و الفقرة 1 من الفصل 535 من ن.ل.ع.

من جهة، الدلع بعدم التنفيذ متى توفرت شروطه **فصل 535**، في كل
يتعلق الأمر بوجود تعرض أو استحقاق، وفي أن يواجه المدين برفع
دعوى ضده من قبل البائع لمطالبته بتنفيذ التزاماته العقدية، **فصل 536**، متى أن
يكون المشتري قد نفذ هذه الأخيرة، حيث يحق له أن يحبس الثمن مادام
أن البائع لم يرفع التعرض أو الاستحقاق، وذلك في حدود الجرم الذي
تم استحقاقه.

غير أنه يسوع البائع مع ذلك أن يجبره على أداء الثمن، بد قسم
كعقلا أو تأميناً لحر كافيها بضمن قبامه بريد للثمن ومصرفات العقد، عند
حصول الاستحقاق، أو إذا اشترط أدائه برغم حصول التحويل له، أو
إذا كان يعلم عند البيع خطر الاستحقاق **323**.

ومن جهة أخرى، الدعوى، حيث يحق للمشتري إذا حصل
الاستحقاق أو تحقق العمل الموجب للصمان، أن يطالب برفع التعرض
وتدبا أو فصليا متى كان صادرا عن البائع، أو إخطار البائع بموضوع
التعرض أو الاستحقاق ليتخذ ما يراه مناسبا لدفعه فيما لو كان صادرا
عن الغير **324**.

323 أنظر الفقرة 2 من الفصل 535 والفصل 586 من ق.ل.ع.
324 تنطبق المشرع إلى هذا الإجراء -أي إخطار البائع- في الفصل 537 من
ق.ل.ع، الذي ورد فيه أنه:

"بـ وجهت على المشتري دعوى بسبب الشيء المبيع، وجب عليه أن يعلم البائع
بذعوى الاستحقاق، عند تقديم المدعى إليه على دعواه، وإذا ذلك، تلبية المحكمة
على البائع، فلا فصل برغم هذا التلبية أن يدافع مباشرة في الدعوى، فقد كل حق
في الرجوع على البائع"
يبد أن "البائع، ولو لحل في الدعوى في وقت مفود، لا يتحمل بأي حسم، إذا
حصل الاستحقاق بحس المشتري أو بطلته، وكان هذا الخطأ هو السبب الدافع
للحكم قدي نفس بالاستحقاق، وعلى وجه الحسوم؛
- إذا ترك المشتري لتقديم قباي قبل البيع، والمصري ضده يتم أو إذا عمل بمسالم
تقديم بداه قبله.

وإذا استحق الشيء المبيع بالرغم من تدخل البائع إلى جانب المشتري، فإنه يحق للثاني أن يطالب لأول بالضمحل الذي يختلف بحسب ما إذا كان الاستحقاق كلياً أو جزئياً.

والاستحقاق الكلي للشيء المبيع، يجيز للمشتري المطالبة باسترداد الثمن³²⁵ الذي دفعه، ومصرفات العقد التي أنفقت على وجه سليم³²⁶ وكذلك لمصرفات القضائية التي أنفقتها على دعوى الضمان، ثم العناصر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق³²⁷.

ب- جايبي لاستحقاق على فعل أو سبب شخصي للمشتري" كما يظهر من مقتضى الفصل 547 من ق.ل.ع.

لما فصل لموالي منه، فينص على أنه:

"لا ينفذ المشتري حقه في الرجوع بالضمان على البائع، إذا كان لم يتمكن بسبب عيابه من إظهاره في وقت معيّن، واضطر نتيجة لذلك أن يدفع عن نفسه وحده صدقاً لمنص."

325- تحسب لما قد بطراً حين تاريخ إبرام العقد وتاريخ حصول الاستحقاق - على المبيع من انخفاض أو ارتداد في قيمته، وما يستتبع ذلك من الحكم للمشتري بالقس أو أكثر مما دفعه من ثمن، فإن المشرع نص في الفصل 539 من ق.ل.ع على أنه: "للمشتري الحق في استرداد الثمن كاملاً ولو ملك الشيء الذي حصل استحقاقه أو نقصت قيمته كلاً أو بعض بقعته أو بطلته أو نتيجة قوة قهرة".

326- للمشتري الحق في استرداد المصاريف الضرورية - أي تلك التي كانت لازمة للانتفاع بالمبيع - من الطرف المستحق لهذا الأخير، أم المصاريف الكمالية التي كان القصد منها إصغاء نوع من الزينة على المبيع، فإنه مبدئياً لا يرجع بها على المستحق، لعدم وجود ما يدعو إلى صرفها، إلا أن المشرع استثنى حالة كون البائع سيء النية بأن كان يعلم عند البيع بالسبب الموجب للاستحقاق ولم يخطره بالأمر، إذ يلزمه هذا أن يدفع للمشتري حسن النية، كل المصاريف التي أنفقا منها مصرفات الزينة والترف.

327- يجب الأخذ بعين الاعتبار عند تحديد مبلغ التعويض، قيمة الشيء المستحق من يد المشتري، حين حصول الاستحقاق، وهو ما يمكن استخلاصه من الفصل 541 من ق.ل.ع:

"إذا كانت قيمة الشيء المستحق لا زالت عند حصول الاستحقاق، ولو بغير فصل المشتري، فإن الزيادة في القيمة، تدخل في مبلغ التعويض، إذا صدر تدليس من البائع".

لما الاستحقاق الجزئي للمبيع³²⁸ فيميز فيه بين ما إذا كان يطلع من الأهمية هذا، بحيث يحجب الشيء المبيع ويكون من شأنه أن المشتري ما كان ليقبل بالمرء لو علم به، من ناحية، وفي مثل شأنه الفرصة يحجب المشتري بين سداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه والاحتفاظ بالمبيع بالنسبة إلى الباقي، وبين فسخ البيع وسداد كل الثمن. ومن ناحية ثانية، بين ما إذا لم يبلغ من الأهمية الحد الكافي لتبرير فسخ البيع، إذ لا يثبت للمشتري سوى الحق في إنقاص الثمن بقدر ما استحق³²⁹.

تلك كانت باختصار أحكام ضمان التعرض والاستحقاق، التي يصرح للطرف المتعاقدة الاتفاق على تعديلها، كاستبعاد الضمان مثلاً أي أنه يصرح أن يتفق المتعاقدان على أن للبائع لا يتحمل بأي ضمان أصلاً، مع مراعاة ما يقرره المشرع في هذا الصدد من استثناءات حيث لا يكون لهذا الشرط من أثر، إلا إعفاء البائع من التعويضات، ولا يمكنه التحلل من التزامه برد الثمن الذي قبضه كله أو بعضه في حالة الاستحقاق؛ كذلك لا يكون لشرط عدم الضمان أي أثر فيما لو بقي الاستحقاق، على فعل شخصي للبائع نفسه، لو وقع ثلثين منه، مع تحمله أداه التعريض في الحالتين الأخيرتين³³⁰.

نظر بخصوص الاستحقاق الكلي المذكور أعلاه، الفصل 538 من ق.ل.ع.
328 وهو المبين في الفصل 535 منه، حيث يعرض بن:
"استحقاق جزء معين من المبيع كاستحقاقه كله، إذا بلغ هذا الجزء بالنسبة إلى الباقي، من الأهمية بحيث لا يشتري ما كان يشتري بدون ذلك الجزء."
ويصرى نفس الحكم، إذا كانت العين مثقلة بحقوق لغيره غير ظاهرة أو بحقوق أخرى لم يصرح بها عند البيع."
329 - انظر الفصل 542 من ق.ل.ع.
330 - انظر الفصل 544 من ق.ل.ع.

المسألة في الطريق المتقدمة: الطريق المتقدمة والفتنة والفتنة

الفتنة والفتنة والفتنة

١- طريق المتقدمة المتقدمة

علاوة على طريق المتقدمة، يلزم السالك بجمع
الوجوب الذي قد ظهر بالفتنة المتقدمة في الفتنة السالبة للمسلم
ويظهر لأهمية ذلك لوجوب السالك الذي يجمع على الوجوب بضمها
لغيره، وكذلك على تحالف المتعلم المتشرد لوجوب السالك قبل
المتقدم عليه في المتعلم من جهة إلى ٢٥ من السالكين الأكثر
والأكثر

٢- مفهوم المتقدمة في الفتنة المتقدمة

يعني الوجوب في الشيء المتقدم ما يوجبه المتشرد في حقه المتقدم من
سلك في الفتنة المتقدمة، أي بضمه في عطفه ولا أثر على عطفه أو لغيره
ولا يثنى إلا بالمتقدم المتقدم، ومن ثم فإن عطفه يثنى بشرطه المتقدمة
المتقدمة

وكما هو الحال بالمتقدمة المتعلم المتقدم، والاستحقاق، فإن الأكثر
بمعدل المتقدمة، موزع بالوجوب المتقدم ولا حاجة لاستحقاقه في المتقدمة
وغيره يرتبط بوجوده عند من سلك حقه المتقدمة، ويجوز الاستحقاق
الأنفاني على استعمله ومن سلك يثنى الشئ متقدم الأكثر المتقدمة، ويعتبر
بكره الأكثر لم لا يثنى المتقدمة إلا بما في ذلك من التمتع المتقدمة
وتحقق الوجوب للمتقدم، الأجد من كونه على وجوده من
الشرائط

٣- شروط الوجوب المتقدمة والمتقدمة وشروط المتقدمة

يشترط في الوجوب المتقدمة المتقدمة أن يكون عطفه وجوبه متقدم
المتقدمة، فإن الوجوب المتقدم لا يثنى للمتقدم وإن كان يثنى بوجوبه
تساجدة المتقدمة فيما لو أكد على الوجوب منه أو بشرطه المتقدمة
المتقدمة

وينبغي على ذلك أنه يتعين أن يكون المشتري جاهلاً بالعرف،
عالم به، وسبب جرماته من الصغار عند علمه به أنه يقتصر رسمه
بالمبيع معيباً.

ويعتمد في تحديد ما إذا كان العيب خفياً أم ظاهراً معيار اختلاف
التشريعات والفقهاء والقضاء في الأخذ به - يكون: إما موضوعياً - قوامه
الحفاظ على استقرار المعاملات بين الأفراد - بناء عليه يكون العيب
خفياً و ظاهراً، بحسب إمكانيات الرجل العادي متوسط الخبرة، فإن كان
معدوره الانتباه إلى اكتشافه بالفحص المعتاد، فهو عيب ظاهري، وإلا
اعتبر عيباً خفياً يستوجب الصغار، أو شخصياً - الهدف منه اختزال
الحقوق المكتسبة للمتعاقدين - بحيث يتطلب أن يعامل المشتري، تبعاً
لإمكانياته الخاصة في التحري عن العيب، لأن الأشخاص ليسوا على
درجة واحدة من التكرير والتخصص.

وهنا يتفق بموقف التشريع المغربي، فإنه يأخذ بالمعيارين الموضوعي
والشخصي حسب الأحوال³³¹.

كذلك ينبغي أن يكون العيب قديماً، أي موجوداً في الشيء المبيع
قبل انتقاله إلى المشتري ويتأتى صبط الوقت الذي يعد فيه العيب قديماً

331- وهو ما يمكن استنتاجه من التفسيرين الآتيين من قانون الالتزامات والعقود:
- الفصل 553: "إذا ورد البيع على الأشياء الموقوفة -عدا الحيلولة- وجب على
المشتري، أن يحمي الشيء المبيع فور تسميته، وإن خطر قبضه حالاً بكل عيب
يلزمه صمغه خلال المدة أيام التأليف للتسليم.

وإذا لم يجر ما سبق، اعتبر الشيء مقبولاً، ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف
عليه بالفحص العادي أو كان المشتري قد وقع لسبب خارج عن إرادته من فحص
الشيء المبيع."

- الفصل 569: "لا يحسن قبض العيوب الظاهرة ولا العيوب التي كان المشتري
يعرفها، أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها."

ومن الاجتهادات القضائية، التي يتضح منها هذا المرجع بين المفسرين، الحكم
قصور عن المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، بتاريخ 30 أكتوبر 1930، المنشور
بمجلة المحاكم المغربية العدد 435 سنة 1931 من 44.

من التمييز بين البيع للوارد على الأشياء المحددة بذات، إذ يبقى البائع ملزماً بضمان كل العيوب الخفية التي قد توجد بالمبيع قبل تاريخ العقد وبين البيع الوارد على الأشياء المحددة بالتنوع، حيث يكون البائع ملزماً بصحة عيوبها الخفية التي تكون موجودة بالمبيع إلى غاية التسليم³³².
والعبرة إذن بما إذا كان العيب قديماً أم لا بانتقال المبيع إلى المشتري علماً أن المسكينة لا تنتقل إلا بحصول الفرز والتسليم إذ كان المبيع من الأشياء المثلية، أو عند إبرام العقد إذا كان من الأشياء القمية

وعليه، فإن كل ما بطراً عليه قبل هذا التاريخ يدخل في ضمان البائع أما ما يحدث في الفترة الموائية للتسليم فيتحمله المشتري، ما لم يكن صاد الشيء ناشئ قبل ذلك، إذ يسوغ له المطالبة بصمائه متى أثبت أن مصدر الفساد يعزى إلى فترة ما قبل التعاقد.

وفي دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن الفساد الناشئ في الفترة الماخفة على التعاقد يؤول إلى ثبوت الحق في الضمان ولو لم يظهر العيب إلا بعد انتقال الشيء للمبيع إلى المشتري.

وحتى تكون دعوى الضمان مقبولة من الناحية الموضوعية، ينبغي أن يكون العيب الحقي والقديم، مؤثراً على منفعة الشيء المبيع، أو على قيمته، بحيث ينقص من قيمته نقصاً محسوساً أو يجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد، فكلما كان النقص في أي منهما على درجة من الأهمية، بحيث لو علم به المشتري، لما أقدم على الشراء أصلاً، اعتبر مؤثراً، وبمفهوم المخالفة فإن العيب الذي ينقص من المنفعة أو القيمة نقصاً يسيراً، أو الذي جرى للحرف على التسامح فيه لا يضمنه البائع.

332- في هذا السياق، ينص الفصل 552 من ق.ل.ع على أنه،
"لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئاً معيناً بذاته، أو عند التسليم، إذا كان المبيع شيئاً مقلداً يبيع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف".

والى جانب العيب معناه السابق - أي الآفة الظاهرة على الشيء المبيع - والذي تم تسليط الضوء عليه، بتحديد منلوله، وبيان خصائصه الالتزام بضمانه، وعرض شروطه، ألرح المشرع ضمن الشرة هذا الضمان، ما اصطلح عليه "تضمن الصفات" ³³³ كانت مقروطة من لسن المشتري، لم مكولة من طرف البائع كما سوى في الحكم بين يدي وبين تحقق العيب، دون أن يعني ذلك أنهما يستلزمان نفس الضرورة فالمهم أن تكون الصفات غير موجودة في المبيع عند البيع بالنسبة للشيء المعين بالذات، وعند التسليم إذا كان للمبيع معينا بالنوع لو مفقدا على شرط من شروط الخيار مثلا.

ج- دعوى ضمان العيوب والصفات والآثار المترتبة عليها

الدعوى وسيلة قانونية يستعملها المشتري لما يتحقق العيب الحي أو تحلف الصفات المشروطة أو المصرح بوجودها في الشيء المبيع. غير أن ممارستها رهينة باحترام إجراءات معينة، منها أسما ضرورة بخطر للبائع بوجود العيب أو تحلف الصفات، وإثبات العيب الموجب للضمن، مع مراعاة الأجل المحدد قانونا لقبول دعوى الضمان.

³³³ - تنص الفقرة 2 من الفصل الموما إليه أعلاه بأنه: "تضمن البائع لبيع وجود الصفات التي صرح بها أو التي تستلزمها المشتري". ومن تطبيقات هذه الفقرة، ما ورد عليه النص في الفصل 551 من ق.ن.ع بخصوص البورج التي تمتد وفقا للمردج معين: "في البورج التي تمتد على مقتضى النموذج، يضمن البائع توفر صفات النموذج في المبيع، وإذا فقد النموذج أو تعيب، وجب على المشتري أن يثبت أن البصاعة غير مطابقة له".

من جهة، يجب على المشتري إخطار البائع³³⁴ لئلا يكتسب له العيب الموجب للضمان، حتى يفهم له أن يتقدم أمره قبل أن يفجأ باللمسة دعوى صده، وعليه أن يثبت وقوع هذا الإخطار.

وبدا احتساب مهلة هذا الأخير منذ تسليم الشيء المبيع إلى المشتري إذا كان العيب مما يمكن التوصل إليه بالفحص العادي، أما إذا كان مما يتطلب الوصول إلى معرفته بمثل هذا الفحص فإن مدة سريان الإخطار تبدأ من يوم اكتشاف العيب الموجب للضمان³³⁵.

ولما يتعلق بيع المنقول، فإن المشرع أوجب على المشتري التقيد بالإخطار المنصوص عليه في الفصل 553 بقوله

"إذا ورد البيع على الأشياء المنقولة - عدا الحيوانات -³³⁶ وجب على المشتري أن يفحص الشيء المبيع فور تسليمه، وأن يخطر البائع حالا بكل عيب يلزمه ضمانه خلال المبيعة أيام التالية للتسليم.

ولا له يجر ما سبق، يعتبر الشيء مقبولا، ما لم تكن العيوب مما لا يمكن التعرف عليه بالفحص العادي، أو كان المشتري قد منع لسبب

334 - يجب بالإخطار سواء كان صريحا أو ضمنا، مكتوبا أو شفويا، ملامح المشرع لم يصر على المشتري بهجا محددا، بل كل ما هناك أنه يتعين عليه إخطار البائع.

335 - من أجل ذلك النصاء المبرم في هذا الباب:

قرار المجلس الأعلى، الصادر بتاريخ 29 غشت 1979، للمشور بمجلة ربيعة نصاء. العدد المزدوج: 6-7 يونيو سنة 1983. ص 97، الذي يقضي بـ.

"تاريخ انطلاق أجل المحدد لإخطار البائع بعيوب الشيء المبيع يتبدى حياها اكتشاف هذه العيوب، والفور يقضي الحالة الرمنية التي لا بطل فيها، وعلى أي حال يجب ألا يتعدى المبيعة أيام التالية لاكتشاف العيب المحددة في الفقرة الأولى من الفصل 553 من ق.س.ع."

336 - وكما يلاحظ من هذا الفصل المذكور أعلاه، أنه يستلزم بيع الحيوانات منصوص مهلة الإخطار المذكورة أعلاه، إلا أن ذلك لا يعني إعفاء المشتري من راجه المتأمل في إخطار البائع، لكونه إجراء أساسي في مختلف المذوع، كانت منصبة على منقول أو على عقار، بل هو أن المشرع نفسه، خلق قبول دعوى الضمان للعيب على سلوكه.

خارج عن إرادته من فحص الشيء المبيع، وفي هذه الحالة يحسب إخطار البائع بعيوب الشيء فور اكتشافها، فإن لم يحصل الإخطار اعتبر الشيء مقبولا، ولا يسوغ للبائع شيء إليه أن يتمسك بهد الحفظ الأخير³³⁷.

كما ينبغي على المشتري أن يثبت العيب الموجب للصمان، إذ هو المدعي، وبالتالي يقع عليه عبء الإثبات - عملا بالقاعدة لقائمة من "إثبات الالتزام على مدعيه"³³⁷ - إما بواسطة السلطة القضائية، أو بواسطة خبراء مختصين، مع حضور الطرف الآخر لو دأبه إلى كس موجودا في المكان أما إذا لم يتم بإثبات حالة المبيع على وجه سليم رجب عليه أن يثبت أن العيب كان موجودا فعلا عند تسلمه المبيع³³⁸.

وبما أن العيب من المعائل للمادية، فإنه يسوغ إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الشهادة والقرائن وإلى كلت الوسيلة المألوفة في هذا المجال تكمن في الركون إلى الخبرة، ويؤدي المشتري مصروفات الإثبات التي له الحق في استردادها، فضلا عن مصروفات الدعوى، فيما لو صدر للحكم لصالحه.

ومن جهة أخرى، يجب على المشتري إقامة دعوى الصمان في الأجل المحدد لها قانونا تحت طائلة سقوطها بالتقادم، لأن كل دعوى ناشئة عن العيوب الموجبة للصمان، أو عن خلل المبيع من الصفات الموعود بها، يجب رفعها بالنسبة للعقارات خلال 365 يوما بعد التسليم وبالنسبة للأشياء المنقولة والحيوانات خلال 30 يوما بعد التسليم - مع جوف تمديد هذه لأجل أو تخصيصها باتفاق المتعاقدين - بشرط أن يكون قد أرسل إلى البائع لإخطار المذكور سابقا.

³³⁷ - وهي قاعدة كرسها المشرع في الفصل 349 وأكدها في الفقرة 1 من الفصل 354 من ق. ل. ع.

³³⁸ - أنظر الفقرة 1 من الفصل 354 من ق. ل. ع.

فالمشروع كما يتضح، ميز بين العقار والمنقول، وجعل من واقعة التسليم منطلق لحساب مدة التقادم³³⁹ لكن، مراعاة لبعض الحالات التي يصعب فيها التعرف على العيب بالعحصن المعتاد، تعتمد واقعة اكتشاف العيب لحساب تلك المدة³⁴⁰.

ولما كانت الدفوع تطوي على مزية عدم حضورها للتقادم -على عكس الدعوى- فإنه يحق للمشتري التمسك بها في مواجهة البائع للعيب الموجب للصمان، من غير أن يتقيد بأجل ما، بحيث يمكنه حينئذ التمسك إلى أن يوفي البائع بما تعهد به عند التعاقد، مع العلم أنه لا يتصور إثارة هذا الدفع عملياً، إلا إذا كان المشتري لم يؤد الثمن كله لو بعثه وطالبه البائع بتنفيذ التزاماته³⁴¹.

وإذا تحقق العيب أو انقضت الصفات المشروطة في الشيء المباع فإنه يثبت للمشتري كمبدأ عام، مطالبة البائع بفسخ عقد البيع وردد الثمن ما لم يفضل الاحتفاظ بالمتبوع، حيث لا يكون له عندئذ سوى الحق في إنقاص الثمن.

ويجب ألا يفهم من ذلك، أن المشرع يحير المشتري بين دعوى الفسخ ودعوى إنقاص الثمن، وإنما وضع قاعدة علمية، وهي ممارسة دعوى الفسخ، التي ترد عليها استثناءات لا يسوغ فيها للمشتري سوى طلب إنقاص الثمن.

ولجدير بالإشارة، أن المشتري يتحمل بعد الحكم بالفسخ، بالتزامين³⁴² أولهما رد الشيء المشوب بالعيب للموجب للصمان بالجملة التي تسلمه عليها، وتوابعه، وبما كان يعتبر جزءاً منه، وكذلك الزيادات التي

339- تضمن هذا المبدأ الفصل 573 من ق.ل.ع.

340- وهو ما يمكن استنتاجه من الفصل 553.

341- تطرق المشرع إلى هذه الوسيلة التي وضعها بين يدي المشتري بالإضافة إلى الدعوى في الفصل 584 من ق.ل.ع، الذي يحل على تطبيق المقصودات التي تضمنها الفصل 583 الذي قلنا به سابقاً.

342- نص عليها المشرع في الفقرة 1 من الفصل 561.

المتجنت فيه بعد البيع، وثانيهما رد ثمار الشيء من وقت التسليم بالتراضي، أو من وقت الحكم بالفسخ، وكذلك الثمر للسابعة على هذا التوزيع.

ويتحمل البائع بدوره بالتزامات³⁴³ تتمثل في أن يسلف للمشترى مصروفات الزراعة والري والصيانة، ومصروفات الثمار التي ردها فيه، وأن يرد إليه الثمن الذي قبضه ومصروفات العقد، وأن يعرضه عن الحصر الذي مسها له الشيء المبيع إذا كان قد وقع تلبس منه.

كذلك لا يحوله المشرع إلا إيقاص الثمن لعدم إمكانية رد المبيع إلى البائع على حالته التي كان عليها أثناء البيع، إذا كان الشيء قد تعيب بحطئه أو خطأ من يملكه، أو إذا كان قد استعمله استعمالاً من شأنه أن يفصل من قيمته كيفية محسوسة، أو إذا كان قد استعمله قبل أن يعرف العيب³⁴⁴.

ويحدد المشرع طريقة إيقاص الثمن بقوله³⁴⁵:
"يحصل إيقاص الثمن، بتقويم المبيع على أساس حلوه من العيب عند إبرام العقد ثم تقويمه على الحالة التي يوجد عليها.
وإذا بيعت عدة أشياء صفقة واحدة، حصل التقويم على أساس قيمة كل الأشياء المكونة للصفقة".

والمشتري الحق في التعويض³⁴⁶ إذا كان البائع يعلم عيوب المبيع، أو يعلم حلوه من الصفات التي وعد بها ولم يصرح بأنه يبيع بحر حسن - يفترض هذا العلم موجوداً دائماً إذا كان البائع تاجراً أو صانعاً وداع منتجات الحرفة التي يباشرها - أو إذا صرح بعدم وجود العيوب - ما لم تكن قد ظهرت بعد البيع أو كان يمكن للبائع أن يجهلها

343- جاء بها الفقرة 2 من نص الفصل المشار إليه في الهامش السابق.

344- وفقاً لما بهد به الفصل 564 من ق.ل.ع.

345- في الفصل 560 من ق.ل.ع.

346- عملاً بمقتضى الفقرة 2 من الفصل 556.

بمصلحة - أو كذلك، إذا كانت الصفات التي ثبتت حلول المبيع منها قد اشترط وجودها صراحة، أو كن عرف التجارة يقتضيها.

وقد يحصل أيضا أن يتم التنفيذ العيني لعقد البيع، وذلك عن طريق استبدال الشيء المبيع المعيب بآخر سليم، أو إصلاح العيب العيني عند الإمكان، مع عدم الإضرار بالبائع أو بالمشتري³⁴⁷.

وأخيرا لا بأس من الإشارة مرة أخرى، إلى أن قواعد الضمان بصورة عامة، مفررة بقوة القانون ولا حاجة لاستراطها، ومع ذلك يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على خلاف مقتضياتها، وعليه يمكن تحليل تلك المتعلقة بضمان العيب ويكون ذلك إما بالتشديد فيه مثلا، أو التخفيف منه، أو إسقاطه كلية³⁴⁸.

وعلى الرغم من الخلاف الفقهي حول الأساس الذي يقوم عليه الضمان، فإن الراجح أن لنظرية العيب الفصل في إبراز أن الضمان خاص بعقود المعاوضة دون عقود التبرع، وهو التفرم دائم لا ينفط عن النائع حيث ينتقل منه إلى ورثته الذين يبيع عليهم كذلك منزعة

347- وفي هذا الصدد، ينص النص 557 من نفس القانون على أنه:

"في ورد البيع على مجموع من أشياء محددة، وكان جزء منها معينا، كان للمشتري أن يستعمل حق الاحتياز المخول به بمقتضى الفصل 556. وإذا ورد البيع على أشياء معينة، لم يكن للمشتري أن يطلب تسليم مثلها في النوع، حاليًا من العيب مع حفظ حقه في المطالبة بالتعويض إذا كان له محل".

348- ين تشترط ضمان العيوب الظاهرة، هناك لب يقضي به النص 569

"لا يضمن البائع العيوب الظاهرة، ولا العيوب التي كان للمشتري يعرفها أو كان يستطيع بسهولة أن يعرفها" صورة تشديد الضمان، ثم ين النص 573 الذي يحدد أجل التقادم بالنسبة للدعوى الناشئة عن العيوب الموجبة للفساد، أو عن حلول المبيع من الصفات الموعود بها، والذي يفيد في فترته لاحقة بهذه: "يسوع تعديده هذه الأجل أو قصورها باتفاق المتعاقدين..." ويصح اللب للاشتراط بحيث يكون هناك نوع من تشديد الضمان في الحالة الأولى، وتعميمه في الحالة الثانية.

المشتري فيما اكتسبه من حقوق بموجب عقد البيع إلا إذا ورد لهم
بعد تاريخ البيع شروط وضع اليد على العين المبيعة.

والالتزام بالصمان يقوم في كل البيوع متى تمت صحيحة، إلا أنه
يمكن تعديل أحكامه بل واستبعادها عن طريق الاتفاق بين المتعاقدين مع
مراعاة ما يقرره القانون في هذا الصدد من قيود لا يسوغ للأطراف
الاتفاق على خلافها.

وعلى هذا الأساس، فإن الصمان يكون إما قانونيا أو تعاقدي،
وفي الأول يلتزم البائع إذا لم يوجد اتفاق في العقد، وفي كل الصمان
تعاقديا، والاتفاق بشأن الصمان إما أن يبرر من مسؤولية البائع أو أن
ينفص عنها لو أن يعني البائع نهائيا من الصمان.

الفقرة الثانية: التزامات المشتري

لقد اشترع³⁴⁹ على عاتق المشتري التزامين أساسيين هما
الالتزام بنفع الثمن، والالتزام بتسليم الشيء المبيع.

أولا: الالتزام بإداء الثمن

إن الثمن عنصر مهم في عقد البيع وخاصية مميزة له وهو المقابل
الذي يلتزم المشتري بدفعه للبائع "في التاريخ وبالطريقة المحددين في
العقد - وعند مكنة العقد، يعتبر البيع قد أبرم معجل الثمن - وفي نفس
الوقت الذي يحصل فيه التسليم، وعلى المشتري أداء مصروفات
الثمن".³⁵⁰

وبطرا لأن التواعد المحددة لزمن العقد ومكانه، سواء تعلقت بتسليم
الشيء المبيع من لدن البائع، أو بإداء الثمن من قبل المشتري ليست من

³⁴⁹ - في الفصل 576 من ق.ل.ج.

³⁵⁰ - وهو ما ورد في الفصل 577 من ق.ل.ج.

النظام العام، فإنه ليس هناك ما يمنع الأطراف المتعاقدة من الاتفاق على هاتهما.

١- ظروف وكيفية أداء الثمن

غالب ما يتم أداء الثمن أثناء حصول التسليم، إلا أنه قد يتفق على أدائه قبل ذلك أو بعده، دفعة واحدة أو على أقساط، وقد يجري العرف على أدائه داخل أجل محدد أو على أقساط معينة³⁵¹. وإذا منح المشتري أجلا لدفع الثمن، فإن بدء سريانه يحسب من وقت إبرام العقد، ما لم يشترط غير ذلك هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية إذا اشترط بمقتضى العقد أو العرف المحلي، أن التبع يفسخ إذا لم يؤد الثمن، فإن العقد يفسخ بقوة القانون بمجرد عدم أداء الثمن في الأجل المتفق عليه.

أما مكان أداء الثمن، فإنه يفس المكان الذي يحصل فيه التسليم اللهم إذا اتفق البائع والمشتري على عكس ذلك³⁵².

والثمن يدفع متدياً بالطريقة العادية، أي بالعقود المتداولة في البلد الذي أنشئ فيه التصرف، ما لم يكن هناك اتفاق على خلافه، أو كذلك بواسطة الأوراق التجارية - من شيك وكميلة وغيرهم³⁵³ - على أساس أن يقبل البائع ذلك ويحسب معلا استثناء مقابله.

351- بخصوص الحالة الأخيرة، جاء في الفصل 578 من ق.ن.ع.ق.، "إلا أنه إذا جرى العرف على أن يحسب أداء الثمن بلخص أجل محدد أو في تسديد معينة، ففترض في المتعاقدين أنهما ارتضيا اتباع حكمه، ما لم يشترطا العكس صراحة".

352- أنظر الفصول 502 و 503 و 579 و 581 من ق.ن.ع.ق.

353- حول اعتبار الشيك وميلة وهما بلثمن، أنظر على سبيل الاستفهام، قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 14 شتير 1994 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 47 من 38.

وعلى كل حال، فإن التشريع يجب أن يكون في خدمة التشريع
ولم يأت دليلاً على هذا النوع من السلطة والسيادة، إذ لا
يتمتع أي من الوفاء بالضرورة.

3- حكم عدم طاعة التشريع

إن عدم طاعة التشريع قد يكون مبرراً، وفي هذا الحالة يكون معك
رد فعل منه ينتج عنه حمل البائع على تنفيذ التزامه المعلن، حيث
يقع في هذا الإطار، حيث أن التشريع كونه من وسائل السلطة
التي لا تترك له تقييد في تنفيذها بالتشريع، فليس هو كسائر
مبادئ التشريع من وجوبه كونه، وذلك اعتماداً على مبدأ
البيع كإنه الذي في حين التشريع من موقف التشريع.

غير أنه لم يرد له يستعمل هذا الحق على النحو التالي
التشريع أو التشريع التشريع من التشريع حيث إن دفع التشريع
في حوزة من التشريع، لم يرد له في التشريع إلا حوزة من التشريع
التي لا تستعمل أو التشريع 354. وفي شروط التشريع، و
له في حين التشريع، لا يرد له في التشريع التشريع له أو
كل من هذا التشريع التشريع التشريع، كما في التشريع
التشريع، على التشريع، في تشريع التشريع أو التشريع
في التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع

كما في التشريع، على التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع
صورة على التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع
التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع
التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع

354- التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع
355- التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع

لقد تشدد التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع
356- التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع التشريع

المشترى والمسترد لا يبيع له، لكن فعلا لذلك لا يسميها بها كأن هــ
الأخير معجل الأول ٤٢٧ ثم المعلقة يصح عقد البيع.

٤٢٨، الالتزام بتسليم للبيع

إنه لا التزام للشخص الذي يحصله المشتري والذي ارتكب له تضرر من
بيعته هو كونه الأساسية على الشكل التالي:

١- عدم تسليم للبيع وظروفه ومصدره ولذاته

في قسم من قبل المشتري هو الوجه السابق للتعليم من طرف
البيع، لا غلبا ما يتركس حصويته في نفس الوقت. لا سيما عندما
يكتب عقد البيع بوسطه، أو جوبه يذكر المبيع موجودا في مجلس العقد
ويجوز لا يستلزم بهر ملك قانونية لتمامه.

كل له أن يضمنه كله حتى يتولى نفس نفسه، ولو كان له شيء لكل شيء
شبهه على حد ثم له لا يجر على سببه البيع ولو كل قد دفع بوجاهة لوزان
والنفس إذا انصر المشتري، أو إذا كل ملكه بالمفسر عند البيع بغير علم بطلان أو
أو كل المشتري فلا يثبت القسمة منه لعدم الرداء على وجه بغير
البيع بغير ضماحه على

٤٢٩- وجاه في الفترة ١ من الفصل ٥٢٢ له:

"إذا ورد البيع على متولاته وأم يبيع لهؤلاء الذين، فله يجوز لبيعهما البيع
عند علم داه الشخص، أن يسترد المتولات الموهوبين له لا المشتري أو أن يضمنه
من يضمنه ولا تحمل دعوى الاسترداد بعد مضي خمسة عشر يوما من تسليم الشيء
المشتري، ويصور الاسترداد ولو كل كلتيه البيع قد تسجل في دفتر، أو ضمن
دعوى الاسترداد ضد الغير الذين لهم حقوق على هذا دفتر."

٤٣٠ في معرض الحديث عن آثار البيع وتسلم الشيء، لبيح، استردا إلى أن
المشتري كونه مضمونة من الموصون، تلك الموصون التي دخل عليها من لبيح
لوزان على الأحكام المقررة ببله زيان القسم.

ويعد التسلم واقعة ملابية يتجسد فيها انتقال المبيع من المشتري؛ لذلك فهو يختلف بحسب طبيعة الشيء المتعاقد عليه من المشتري من العنارات، فإن تسلمه يكون بتسليم مفاتيحه، وإذا كان من الأشياء المنقولة، فإن تسلمه يتم عن طريق مداولته من يد إلى يد، أو بأي وجه آخر جرى به العرف، وإذا كان من الحقوق المعنوية، فإن تسلمه يكون بتسليم المشتري من المستندات التي تثبت وجوده.³⁵⁹

وبالنسبة لظروف التسلم، فإنه علاوة على أداء الشخص يلتزم المشتري بتسليم المبيع في المكان والوقت اللذين يحددهما العقد، فإذا منعت عن ذلك، ولم يجر نشأه عرف، التزم بتسليم المبيع فوراً إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن. وإذا لم يتقدم لتسلمه أو إذا تقدم لتسلمه لكنه لم يعرض في نفس الوقت لأداء ثمنه عندما يكون هذا التزم معجلاً وجب اتباع القواعد العامة المتعلقة بمطل الدائن.³⁶⁰

وإذا لزم تسليم الأشياء المبيعة على عدة دفعات، فإن عدم تسلم النفعة الأولى يثبت من أنار عدم تسلم الأشياء كلها ما لم يتفق الأطراف على العكس.³⁶¹

لما فيما يتعلق بمصروفات التسلم، فإنه بمجرد تمام العقد يتحمل المشتري مائر الأعياء التي تنقل الشيء للمبيع - ما لم يشترط غير ذلك كمصروفات حفظه وجني ثماره، ورفع وتسلمه ومصروفات أداء الثمن، وذلك التي يقتضيها الصرف والتوثيق والتسجيل ومصروفات التنبر للارمة رسم الشراء. والتخليط والتسحق والنقل، ما لم يجر العرف أو الاتفاق بخلاف.³⁶²

359 - أنظر الفصل 500 والفصل 501 من ق.ل.ع.
360 - تناول المشروع تلك القواعد في الفصل 270 وما بعده من ق.ل.ع.
361 - أنظر الفصل 580 من ق.ل.ع.
362 - أنظر الفصل 493 وكذلك الفصل 511 من ق.ل.ع.

2- جزاء الإخلال بتسليم المبيع

إذا أخل المشتري بالتزاماته العقدية، بأن امتنع أو تأخر عن تسليم الشيء المبيع في الموعد المحدد له، فإنه يعتبر في حالة مطل ولا يعتبر آخر، فإنه يكون كذلك، إذا رفض دور سبب قانوني استيفاء الأداء المعروض عليه من البائع، أو من شخص آخر يعمل باسمه بالكيفية المحددة في السند المنشئ للالتزام أو التي تقتضيها طبيعته، أو إذا تم إخلاله من قبل البائع في أجل معقول يبيته في تنفيذ الالتزام، فإنه يكون في حالة مطل ولو رفض مؤقت فخص الشيء المعروض عليه كما يعتبر مكوته أو غيبه عندما تكون مشاركته ضرورية لتنفيذ الالتزام رفض منه.

وبتداء من الوقت الذي يصبح فيه المشتري في حالة مطل، فإنه تقع عليه مسؤولية هلاك الشيء أو تعينه، ولا يكون البائع مسؤولاً إلا عن تكلسه وحطئه الجسم، إذ ليس عليه أن يرد سوى الثمن التي جناها فعلاً أثناء مطل المشتري، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه يحق له استرداد المصروفات الضرورية التي اضطر إلى إنفاقها لحفظ الشيء وصيافته وكذا مصروفات العروض المقدمة منه.

363- من القواعد الواردة في قانون الالتزامات والعقود وعلى وجه التحديد في الفصل 254 و 255 و 259- أن تأخر المدين عن تسديد الكلي أو الجزي للالتزامه ومن غير سبب معقول، يجعله في حالة مطل بمجرد حلول أجل المدين في السند المنشئ للالتزام، فإن لم يدين بالالتزام أجله، لم يعتبر المدين في حالة مطل إلا بعد أن يوجه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذار صريح بوفاء الدين، بحيث يحق للدائن إجباره على التنفيذ مادام ممكناً، والا جاز له أن يطلب فسخ العقد مع التعويض في الحالتين:

ومن هذا المطلق، يمكن القول إن المشتري متى كان في حالة مطل، فإن للبائع أن يطالبه بالتنفيذ العيني لعقد البيع، أما إذا تضرر تحقق فاقه التعبد، فإن العقد يفسخ ويعرض البائع عند الاقتضاء.

غير أنه لا يكفي مطلق المشتري لإبراء ذمة النافع، بل يتعين عليه
أن يعرض على المشتري تعلم الشيء على النحو الذي يحدده القانون³⁶⁴
وإذا لم يتحقق الهدف من العرض العيني لتفقد الالتزام، جاز عندئذ
للبيع أن يطلب لصح البيع قصاصيا، مع تعويضه عن الضرر الذي سببه
الإخلال بالالتزام بالتسليم.

364- لنظر المصنوع من 270 إلى 275 وما بعده من ق. ل. ع.

المبحث الثاني أنواع خاصة من البيع

ثم يبق البيع في السنوات الأخيرة، ذلك العقد العتيق المحصر في نوع تقليدية والمحكوم بأساليب كلاسيكية تنظمه، بل عرفت تطورا ملحوظا اقتضته ضرورة مسايرة واقع الأسواق، واكبت مجموعة من القوانين همت العديد من المجالات كالمجال المدني والجنائي والجبلي كما أنه يرتبط بغير بارز في قطاع العقار، الذي برزت به هو الآخر ترسانة قانونية تروم تأطيره من جوانب شتى وتشجيع النساء المسكن لاسيما من لدن الأشخاص ذوي الدخل المحدود

وفي سبيل سحر ترسيخ هذا التوجه، وصنع المشرع قانونين جعندان نهجه في تحديث المصطومة القانونية خاصة منها قانون الالتزامات والعقود، يتعلق أحدهم ببيع العقار في طور الإيجار الذي احتضنه الفرع الرابع من الباب الثالث من القسم الأول من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود، ويرتبط لآخر بالإيجار للمصفي إلى تملك العقار الذي تناوله في نص خاص جرح القانون المذكور.

المطلب الأول

بيع العقارات في طور الإنجاز

صلا بالظهير الشريف رقم 1.02.209 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتنفيذ القانون رقم 44.00 المتعمم لقانون الالتزامات والعقود، أصناف المبيع إلى الباب المتعلق ببعض الأنواع الخاصة من البيوع - وهي بيع الخيار أو البيع المعلق على شرط واقف لمصلحة أحد المالكين - بيعا آخر إلا وهو بيع العقارات في طور الإنجاز.

وفي سنة 2013، وضع مشروع قانون تحت رقم 107.12 يحجر ويتم بموجبه القانون رقم 44.00 لاسيما أحكام الفصول من 1-618 إلى 20-618 الذي تمت المصادقة عليه مؤخرا من قبل لجنة العمد والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب بعد الموافقة عليه من قبل مجلس المستشارين.

وبناء عليه، صدر للظهير الشريف رقم 1.6.05 في 3 فبراير 2016 بتنفيذ القانون رقم 107.12 بتغيير وتتميم القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتعمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود³⁶⁵ والذي وضع من بين أهدافه الأساسية، المساهمة في محاربة بعض الممارسات غير القانونية التي تعرفها السوق العقارية، وتحفيز الاستثمار العقاري

365- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6440 في 18 فبراير 2016، ص 932. وقد جاء في مادة فريدة منه أنه:

تتمتع على النحو التالي أحكام الفصول 1-618 و 2-618 و 3-618 و 3-618 مكرر و 3-618 مكرر مرتين و 3-618 مكرر ثلاث مرات و 4-618 و 5-618 و 6-618 و 7-618 و 8-618 و 9-618 و 10-618 و 13-618 و 14-618 و 15-618 و 16-218 و 18-618 و 19-618 و 20-618 من القانون رقم 44.00 بشأن بيع العقارات في طور الإنجاز المتعمم بموجبه الظهير الشريف الصادر في 12 غشت 1913 بمثابة قانون الالتزامات والعقود.

وتحرير حقوق المشتري من خلال الصلوات الجديدة التي أصبحت مخرولة له، من ذلك مثلاً "انتهاء الأشغال" واشترط لإبراج عبارة "غير قابل للتغيير" في النسخ المطابقة للأصل من النصوص المعمارية، وإجرء "لتقييد الاحياطي" ودعم البائع ببعض الآليات العقودية حتى يتسنى له هو الآخر الاستمرار في مشروع العقاري، لمن أمسها "عقد التخصيص" الذي لنش كان يصنع للمشتري حفظ حقه في المشروع العقاري، فإنه من رويه أخرى، يمكن البائع من تمويل هذا الأخير ما يملك من ضمانات إصفاء طابع لقاعدة الأمانة على العديد من مقتضياته بحيث إن كل مخالفة لها تقع تحت طائلة البطلان.

وبيع العقارات في طور الإنجاز، أو كما بصطلح عليه، "البيع المعلق على تسلم مفاتيح البعاري في اليد"، أو "البيع على الحطة"، أو "البيع على التصميم"، وهي كلها تسميات نحي أن هذا البيع من النوع المعلق على شرط إنهاء أشغال البناء مستقبلاً الشيء الذي يستتج من التعريف الذي وضعه له المشرع المغربي كما سدرى - أي أنه يعد أحد تطبيقات بيع الأشياء المستقبلية التي أقرها المشرع عندما سحر في الفصل 61 من قانون الائتزامات والعقود، على أنه يجوز أن يكون محل الائتزام شيئاً مستقبلاً أو غير محقق فيما عدا الاستثناءات الواردة في القانون.

الفقرة الأولى: تعريف بيع العقار في طور الإنجاز ومجال تطبيق القانون المنظم له

سنتناول ضمن هذه الفقرة تعريف هذا النوع من البيع من ناحية وتحديد مجال إعمال مقتضيات القانون المنظم له من ناحية أخرى وذلك على النحو التالي:

أولاً: تعريف بيع العقار في طور الإنجاز

يعتبر بيعاً لعقار في طور الإنجاز حسب الفصل 1-618 من القانون رقم 107-12 المحير والمتمم للقانون رقم 44-00: "كل اتفاق يتزم بمقتضاه

البائع بإتجاز عقار داخل أجل محدد، ونقل ملكيته إلى المشتري، مقبوس
ثمن يؤديه هذا الأخير تبعا لتقدم الأشغال.
يحفظ البائع بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية
انتهاء الأشغال".

ثانيا: مجال تطبيق القانون المتعلق ببيع العقار في طور الإنجاز

بعد أن عرف المشرع بيع العقار في طور الإنجاز في الفصل
المذكور سابقا، عمل على تحديد نطاق تطبيق مقتضيات هذا القانون
فصل في الفصل 2-8 منه على أنه:
"يجب أن يتم بيع العقار في طور الإنجاز سواء كان مخصصا للسكنى أو
للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي من طرف
الأشخاص الحاصصين للقانون العلم أو القانون الخاص طبقا لأحكام هذا
الفرع، وذلك تحت طائلة البطلان".

وحسبما استنتجناه شخصيا من قراءتنا لهذا القانون، أن مقتضيات
أيضا تسري على العقار سواء كان محظا أو في طور التحيط أو غير
محظ وذلك على عكس الإيجار المخصص إلى تملك العقار، الذي يرد
على العقار المحظ وغير المحظ فصلا، مع العلم أن استقرار
المعاملات العقارية والأمن العقاري لا يتحققان إلا مع العقار الذي يكون
محكوما بنظام التحيط العقاري.

الفقرة الثانية: إبرام عقد بيع العقار في طور الإنجاز وآثاره القانونية

بعد بيع العقار في طور الإنجاز من التصرفات القانونية التي
تتطلب بدء إبرام عقد ابتدائي، على أن يتم في وقت لاحق إبرام العقد
النهائي، مع ما يتمخض عن ذلك من آثار قانونية في الحالتين، إلا أن
برر للمستجدات التي جاء بها القانون رقم 107-12 تلك النوع الجديد من
العقد الذي أطلق عليه "عقد التخصيص" بمعنى تخصيص أو لو صح
التعير حجز réservation البائع -المعش العقاري- للمشتري عقرا

من مشروع من أجل إقائه فيما لو تم إبرام العقد الابتدائي أو العقد النهائي عند الانقضاء.

وعليه، يمكن تعريف التخصيص بأنه: "عقد بمقتضاه يتعهد البائع صاحب المشروع بحجر وتخصيص عقار لفائدة شخص يدعى المستفيد مقابل يدفع هذا الأخير صمغا يمكنه من اقتناء العقار بصفة نهائية بعد استكمال الإجراءات القانونية".

أولاً: عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز

يمكن استنفا إلى القانون رقم 107.12، للبائع والمشتري، قبل تحرير العقد الابتدائي، إبرام "عقد تخصيص" من أجل اقتناء عقار في طور الإنجاز، بعد الحصول على رخصة البدء تحت طائلة البطلان في مقابل أداء المشتري مبلغ مالي قدره 5% من الثمن الإجمالي.

وخاصية هذا العقد، أنه يرد به في محرر رسمي أو محرر عرقي ثابت للتاريخ، وفقاً للشكل المتفق عليه بين الأطراف، ويتضمن نفس البيانات اللازمة في العقد الابتدائي، باستثناء ما يتعلق بمراجع ضمانات استرجاع الأقساط للمؤداة في حالة عدم بيع البائع للعقد، أو ضمانات إنهاء الأشغال أو التأمين، ذلك أن هذه الضمانات ترتبط أساساً بالعقد الابتدائي. بينما عقد تخصيص لا يحرر أن يكون بمثابة عقد حجز على حد تعبيرنا.

كما أن صلاحيته تتحدد في مدة لا تتجاوز ستة أشهر غير قابلة للتجديد، تؤدي لزوماً إلى إبرام عقد البيع الابتدائي، أو لتراجع عن عقد التخصيص، الشيء الذي يحول للمشتري استرجاع المبالغ التي أداها مسبقاً - وكان النفع قد قام ببلد عنها في حساب بنكي حاصر وسلم وصلاً بالإيداع للمشتري - والتي تظل غير قابلة للتصرف فيها أو حرجها إلى غاية انقضاء أجل حق التراجع، هذا الحق الذي يتعين على المشتري أن يستعمله داخل أجل لا يتعدى شهراً ابتداء من توقيع إبرام عقد تخصيص العهر في طور الإنجاز، إذ في هذه الحالة، يصبح للبائع ملزم بأن يرد

الى المشتري المبلغ المنفوع كاملا داخل اجل مائة يوم من تسريح
معاملة المشتري لهذا الحق

ومما نود لفت النظر إليه، ان اساس العمية التعاقدية ككل في بيع
العقار في طور الإنجاز، أي في مستوياتها الثلاث، عقد التخصيص
والبيع الابتدائي، والبيع النهائي، هو "نفسر التحملات" وإن اختلفت
وظيفة في كل عقد، إذ في مرحلة إبرام التخصيص، يعرف هذا العقد
بالمشروح إلى درجة ان المشتري يتصل بالعقار المراد اقتناؤه عن طريق
الاطلاع على بنوده، وقد يدفعه إلى إبرام العقد الابتدائي، لكن لا يمكن
إبرام البيع النهائي الا بعد وضع البائع لدى محرر العقد شهادة بهاية
الأعمال ومطابقة البناء لنفسر التحملات، أي ان هذا الأخير، يكون منوما
بتنفيذ بنوده، على فعل إبرام العقد، والاجز للمشتري مسخه بقوة القانون
مع حقه في التحويل.

وهكذا، ونظرا للأهمية التي يكتسبها دفتر التحملات، إذ يعد بمثابة
"النظم الأساسي" لأطراف العقد، فإن المشرع استلزم وضعه على ان
يكون مطبعا تعالما للتصميم المعماري المرحص به، وأن يتضمن
مكونات المشروع، ونوع الخدمات والتحضيرات الواجب إنجازها، وأجل
الإنجاز والتسليم، وأن يتم التوقيع عليه من طرفه ومن طرف المشتري
مع تصحيح امضاءاتهما بعد استلام المهندس المعماري عليه - وتسليم
نسخة للمشتري مشهود بمطابقتها للأصل.

ويترك هذا الدفتر - عند الانتهاء - ببطاقة تغلية موجزة موقعة من
البائع، تحتل على وصف لمكونات محل تمويله من قبلة كما
تودع نسخة من كل من نظام الملكية المشتركة، وتصميم الإسمنت
المسلح، والتصميم المعمارية لحملة لعبارة "غير قابل للتغيير" لما لدى
المحافظة على الأملاك العقارية فيما لو كان العقار محظا، لو تسجل
بسجل خاص لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية الموجود بدفترتها
العقار. إذا كان هذا الأخير غير محفظ.

وفي هذا الشأن، يتعهد البائع بحترام الشروط المذكورة فيه، من ذلك التقيد بالتصاميم المعمارية، والالتزام بأجل إنجاز البناء، وبالنسبة لهذا أجل يمكن إجهال قبائع عن طريق منح أجل إضافي على ألا يتجاوز مدته ستة أشهر (تعمد أشغال البناء، مع ضرورة إخبار المشتري بذلك داخل أجل شهر قبل تاريخ انصرام الأجل الاصلي لإتمام الأشغال).

ثانياً: عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

يعتبر العقد الابتدائي بمثابة خطوة إيجابية تروم تأكيد العلاقة التعاقدية بين البائع والمشتري بعد إبرام عقد التخصيص عند الاقتصاء وهو قد يتحول إلى بيع نهائي أو ينتهي قبل هذا التاريخ حسب الأحوال.

وكما يفيد بذلك القانون رقم 2، 07، فإنه لا يمكن إبرام عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز³⁶⁶ إلا بعد الحصول على رخصة لبناء - وليس بعد الانتهاء من أشغال الأساسات على مستوى الطابق الأرضي - ولذا فالمشتري كحذ قصي فسطا من الثمن الإجمالي يتمس في 5% عند إبرامه، أو 10% في حالة عدم وجود عقد التخصيص، و 10% عند بداية لأشغال، و 60% تقسم على ثلاث مراحل وتؤدي حسب اتفاق الأطراف عند الانتهاء من أشغال إنجاز كل مرحلة: - 20% في مرحلة الأشغال المتعلقة بالأساسات على مستوى الطابق الأرضي؛

- 20% في مرحلة الأشغال الكبرى لمجموع العقار؛

366 - حسبما جاء في المادة الأولى من المرسوم رقم 2.04.143 الصادر في 27 نجنر 2004 لتحديد بموجبه تعريفة إبرام المحررات المتعلقة بعقدي البيع الابتدائي والنهائي للعقارات في طور إنجاز - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5280 بتاريخ 6 يناير 2005 من 41 - لتحديد تعريفة إبرام لعقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز في مبلغ 500 درهم يؤدي لفائدة محرر العقد

- 20% في مرحلة الأشغال النهائية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، التي تعتبر نقطة الانطلاق نحو إبرام عقد البيع النهائي.

وعلى حد علمنا، فإن رخصة السكن وثيقة تسلمها الجهة المختصة وفق الإجراءات والشروط التي تحدها السلطة التنظيمية وتخص العقارات المعدة للسكنى، أما شهادة المطابقة فتتعلق أساساً بالعقارات المعدة بغرض آخر غير السكن، وذلك بطلب من المالك الذي يجب عليه أن يصرح بانتهاء عملية البناء، حيث يتم تحريرها بعد إجراء معونة للتحقق من ن الأشغال أنجرت كما ينبغي، غير أنه إذا تسولى مهنيين معماري إدارة الأشغال، أغنت شهادته عن المعينة.

1- كيفية إبرام عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

لقد استلزم المشرع أن يرد عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز - تحت طائلة البطلان - إما في محرر رسمي، أو في محرر ثابت التاريخ، يتم توثيقه من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يحول لها قانونها تحرير العقود، أي من طرف موثق أو عدل أو محام مقبول للترافع أمام محكمة النقص، وأن يوقع ويؤشر على جميع صفحاته من قبل الأطراف المتعاقدة والجهات التي حررته، وأن تصحح الإمضاءات بالنسبة للعقود المحررة من لدن المحامي لدى رئيس كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس هذا الأخير بدائرة نفوذه في سجل خاص يحدد بمقتضى قرار صادر عن وزير العدل³⁶⁷.

وعلى عكس عقد التخصيص، الذي يتم إجراؤه إما بموجب محرر رسمي أو محرر عرقي ثابت التاريخ، فإن عقد البيع الابتدائي - وكذلك عقد البيع النهائي - يتوقف إبرامه على تحريره في محرر رسمي صادر

³⁶⁷ يحدد وزير العدل بموجب لائحة بأسماء المهنيين المقبولين لتحرير هذا النوع من العقود، بعيد بها المحامون المقبولون للترافع أمام محكمة النقص طبقاً للتأخرن المنظم لمهنة المحاماة، كما يولى نص تنظيمي تحدد شروط تقييد بقلي للمهنيين المقبولين لتحريره. تبعا لما ينص عليه الفصل 3-618 من هذا القانون.

عن موثق أو عدل، أو ثابت التاريخ صادر عن محام مقبول للترافع أمام محكمة النقص أو عن أي مهني يمارس مهنة قانونية تحولته تحرير العقود.

ويجب أن يشمل هذا العقد لزوماً على مجموعة من البيانات³⁶⁸ وهي كالآتي:

- 1- هوية الأطراف المتعاقدة؛
- 2- محل للمخبرة المتفق عليه مع وجوب إخبار في حالة تغييره.
- 3- رقم للرسم العقاري الأصلي للعقار المحفظ موضوع البناء أو مراجع ملكية العقار غير المحفظ مع تحديد لحقوق العينية والضمائم والأرتفاقات الواردة على العقار؛
- 4- تاريخ ورقم رخصة البناء؛
- 5- موقع العقار محل البيع ووصفه ومساحته التقريبية؛
- 6- ثمن البيع النهائي للمتر المربع وكيفية الأداء أو ثمن البيع الإجمالي بالنسبة للبيع المتعلق بالبناء عقر في إطار السكن الاجتماعي كما هو محدد بالتشريع الجاري به العمل؛
- 7- أجل التسليم؛
- 8- مراجع ضمانية استرجاع الأقساط المؤداة في حالة عدم تنفيذ البائع للعقد أو ضمانية إنهاء الأئتمان أو التأمين.

كما يتعين على النائع، أن يودع لدى الجهة التي تولت تحرير العقد، نسخاً مطابقة للأصل من التصاميم المعمارية الحاملة لعبارة "غير قابل للتغيير" وتصاميم الإسمنت المسلح، ونسخة من دفتر الضمائم ونسخة من الضمانة البنكية أو التأمين، أو أي ضمانات معادلة من شأنها أن تمكن المشتري من استيفاء حقوقه.

أما قبل التوقيع على العقد الابتدائي أو على عقد التحصيل من عقد إبرامه - فإنه بعد بطلا كل أداء كلما كان بوعه، وهو مقتضى أراد

³⁶⁸ - سألها المشرع في الفصل 3-618 مكرر من القانون رقم 2، 107.

المشروع من خلاله، في نظرياً، محاربة بعض الممارسات غير القانونية التي كانت تشوب عملية الأداء وتضسر على الخصوم بعضهم المشتري.

2- آثار إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز ونسخه

أ- الآثار القانونية لإبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز

يرتف إبرام العقد الابتدائي للمقر في طور الإنجاز أثراً لدونية في دمة للبائع والمشتري، إذ يلتزم المالك بعد توقيع العقد الابتدائي بأن يقدم لعائلة المشتري إما صمغة إنهاء الأشغال، أو صمغة استرجاع الأقساط المدفوعة ضد عدم تنفيذ العقد³⁶⁹.

واعتباراً لأهمية هذه الصمغة في تأمين الاستقرار للعلية التعاقدية، فإنه لا يجوز لمحرر العقد تسليم الأقساط المودعة لديه لعائلة البائع ما لم يحصل من طرفه على الصمغة التي تعطي كل قسط يؤديه المشتري، غير أن البائع يحتل منها بقوة القانون، وبسند من محرر العقد الابتدائي، المسدات المتعلقة بها، إما في حالة تقييد عقد البيع النهائي، أو الحكم القضائي النهائي بالسجل العقاري بالنسبة للعقار المحصل، أو إيداعه بمطلب التحصيل إذا كان العقار في طور التحصيل، أو بمجرد إبرام العقد وصدر الحكم القضائي النهائي إذا كان العقار غير محظاً، أو في حالة صدور حكم نهائي بالفسخ ناتج عن رفض المشتري تنديد التزاماته المقررة في العقد، أو إتمام البيع بعد استيفاء سائر الإجراءات التي ترتبط بمرحلة إبرام عقد البيع النهائي.

³⁶⁹ رتشتي من ذلك المؤسسات السموية والشركات التي يعود مجموع رأسمالها للنولة أو لأي شخص محوري آخر خاضع للقانون العلم.

وإذا أثبت البائع إحدى هاتين الحالتين بالوثائق اللازمة، وجب على محضر العقد رجاء سندات الصمغة أو التامين إليه فور توصيله منه بطلب خطي.

وفيم يحصل المشتري، فإنه لا يتمتع بالحقوق الأساسية التي تترتب على عقد البيع، على اعتبار أن البائع يظل محتفظاً بحقوقه وصلاحياته إلى غاية انتهاء الأشغال، لكن هذا لا يمنع من أن المشرع أقر له بعض الحقوق التي يحولها له العقد الابتدائي المبرم في إطار القانون رقم 107.12، من قبل طلب إجراء تنفيذ احتياطي دون أن يتوقف ذلك على موافقة البائع - للحفاظ مؤقتاً على حقوقه، وذلك إذا كان العقار محط وتجوزت التسيقات 50% من ثمن البيع، وكل شرط مخالف يكون باطلاً.

وعلى إثر هذا التنفيذ، الذي يظل ساري المفعول إلى غاية تنفيذ البيع النهائي بالرسم العقاري الخاص بالمبيع، والذي تعين ترتيبه - أي العقد النهائي - بأثر رجعي ينصرف إلى تاريخ تنفيذ الاحتياطي للعقد الابتدائي، فإنه يمنع على المحافظ على الأملاك العقارية تسليم نظير الرسم العقاري إلى البائع.

كما يجوز للمشتري التحلي عن حقوقه الناجمة عن بيع العقار في طور الإنجاز لشخص آخر وفق الشكل والكيفية المقررين لعقد التخصيص أو عقد البيع الابتدائي، بمقتضى القانون رقم 107.12، بيد أن هذا التحلي لا يعد في مواجهة البائع إلا بدفع إحدى الطرقتين القانونية حيث تنتقل إلى المشتري الجديد وقتد حقوق والتزامات البائع بقوة القانون.

ب- فسخ عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز

في حالة لجوء أحد الأطراف إلى فسخ العقد الابتدائي أو عقد التخصيص إذا تم إبرامه، فإن المتضرر منه يستحق تعويضا يحدد في 15% من المبالغ المؤداة إلى حين الانتهاء من الأشغال الكبرى لمجموع العقار، و 20% منها إلى غاية الانتهاء من لأشغال الهندية والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة.

غير أنه يحق للمشتري فسخ العقد دون أن يتحمل تبعه مسؤولية فيما لو تجاوز المبلغ الأجل المتفق عليه لتسليم العقار، حيث يستحق تعويضا نسبته 20% من المبالغ المؤداة، كما يعفى من أداء أي تعويض فيما لو تم الفسخ قبل انتهاء أجل الثلاثين يوما من تاريخ إبرام عقد التخصيص.

ثالثا: عقد البيع النهائي للعقار في طور الإنجاز

إن للعقار محل البيع لا يصبح مجزا ولو تم الانتهاء من بنائه إلا بعد الحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، إذ عندئذ يمكن إبرام العقد النهائي حسب نفس الكيفية التي يحرر بها عقد البيع الابتدائي، وبعد أن يضع النافع لدى محرر العقد شهادة مسجلة من المهندس المعماري تثبت نهاية الأشغال ومطابقة البناء لتقتر للتحملات واستخراج الرسوم العقارية الفرعية بالنسبة للعقارات المحظرة، ويكون المشتري قد دفع ما تبقى من ثمن البيع كما هو محدد في عقد البيع الابتدائي أي 20% من الثمن الإجمالي³⁷⁸.

378- يتقضى محرر العقد النهائي لبيع عقار في طور الإنجاز طبقا للمادة 2 من المرسوم رقم 2.04.143 الصادر في 27 جويلية 2004 السابق ذكره، مبلغا يتناسب مع ثمن البيع الإجمالي للعقار، وذلك كما يلي:

- أقل من 120.000 درهما أو ما يعقله : مبلغ 600 درهم؛
- من 120.001 درهم إلى 200.000 درهم: مبلغ 1.000 درهم؛
- من 200.001 درهم إلى 500.000 درهم: مبلغ 2.500 درهم؛
- من 500.001 درهم فما فوق: نسبة 0 50 % من المبلغ الإجمالي للعقار.



ويجب على الفائز بمجرد حصوله على رخصة المنكر أو شهادة المطالبة، وعلى أبعد تقدير داخل أجل سنتين بوما الموالية لتاريخهما، أن يبادر إلى إحضار المشتري بذلك في محل محابرتة المصرح به في عقد البيع الابتدائي أو في عقد التخصيص، بإحدى طرق السليغ القانونية وأن يقوم بإجراءات اللازمة لتحيين الملك موضوع الرسم العقاري من أجل استخراج رسوم عقارية فرعية حصة بالعقار المحفظ، وإجباره بعض الطرق أيضا بتاريخ استخراج هذه الأخيرة داخل أجل لا يتجاوز ثلاثين يوما للموالية لهذا التاريخ

وفي حالة ما إذا رفض أحد الطرفين إتمام البيع داخل أجل سنتين يوما ابتداء من تاريخ توصله بالإشعار، فإنه يحق للمتضرر منه، إما أن يصح للعقد عملا بمقتضى الفصل 260 من قانون الالتزامات والعقود³⁷¹ مع حقه في تعويض يفتر به 20% من المبالغ المدفوعة، وإما أن يلجأ إلى التحكيم، أو إلى القضاء من أجل إتمام البيع مع حقه في تعويض لا يتعدى 1% عن كل شهر من المبلغ الواجب دفعه، على ألا يتجاوز 10% في السنة³⁷².

كما أن الحكم النهائي الصادر بإتمام البيع، يقوم مقام عقد البيع النهائي، وبالتالي يكون قابلا للتقيد في السجل العقاري إذا كان العقار محفظا، أو يتم إيداعه بمطلب التحفيظ إذا كان العقار في طور التحفيظ.

وهكذا، تنتقل ملكية العقار غير المحفظ أو في طور التحفيظ إلى المشتري ابتداء من تاريخ إبرام العقد النهائي أو صدور الحكم النهائي

³⁷¹ - ينص الفصل الموما إليه أعلاه على أنه:

"إذا، تفق المتعاقدان على أن العقد يصبح عند عدم وفاء أحدهما بالالتزامات، وقع فسخ بقوة القانون بمجرد عدم الوفاء".

³⁷² - بالنسبة للمشتري في حالة تأخره عن أداء الدفعات حسب المرحل كما هي مبينة في هذا القانون، وبالنسبة للبائع إذا ما تأخر عن إنجاز العقار في الأجل المحدد في دفتر التحملات.

في الدعوى، أما ملكية العقار المحفظ فلا تنتقل إليه طبعاً إلا من تاريخ
تقيد العقد أو للحكم المذكور في الرسم العقاري.

تلكم كانت بصورة عامة قراءتنا النحوية مقتضيت دعوى رقم
107 12 الذي يعتبر حيث العهد في الساحة القومية حيث لا يصرح إلا
في 3 فبراير 2016، والتي لمينا من خلالها رغبة المشرع في حق
صماتت لزوم حماية حقوق كلا طرفي العقد وكذا ضبط العلاقة
التعاقبية بينهما عن طريق تخويل المشتري بإجراء تقيد الحياضي
لضمان حقه في العقار إلى جانب عداي للتخصيص والابتدائي، اللذان
يصممان حقه في التسييعات بهدف اقتناء العقار، وفي نص الوقت تمكن
البائع من الحصول على تمويل من أجل الاستمرار في إنجاز مشروعه
ويقيه من الوقوع في صعوبات مالية، ناهيك عن مسحه إلى تثبيت ركز
الامن العقاري ونخلق السوق العقارية من بعض المعاملات غير
القانونية التي اطلما تفتت فيها.

وإذا كان تدخله في هذا الجانب الأخير يعد تدخلا مستثما، إلا أننا
نعتبره مع ذلك خطوة إيجابية تحسب له، كما نؤمن أن تعرف مقتضيات
هذا القانون التطبيق الفعلي في حضم عزوف ملموس من طرف المقبلين
على اقتناء عمار في طور الإنجاز، واستحسن اقتناء العقار الجاهز.

المطلب الثاني عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

بعد تفحص المسمى من كثر لقطعت التي تعرف تحت لفظة
بعض فاصد على مستوى نداء، أئتم - نظري - وبعد نصب على
مستوى تمويل؛ لك أن تفقه أزمة المسمى بعد ما من بعض جفد على
و قاصد، جف من ضروري بحث على سبب وأبقت تمويل جفنة
أأتمه مصادره، نظر أن توفير المسمى للآلة تمويل بحث مكنة
مهمة في تمويل القيمة العامة تمنة

ويشكل عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، الذي عن المشرع
المعبري على تعيينه خرج من قانون الالتزام والعقد بموجب
قانون خاص³⁷³ ألا وهو نصير قشرف رقم 05/2002 الصادر بتاريخ
1¹ نونبر 2003 بتعديل قانون رقم 00/5. قيمة جفنة مكنة تصفية

التي - ب - فيه في هذا الصدد، في المشرع ورد عبارة "إيجار المفضي إلى
التي" نص في هذا القانون رقم 31/08 نصي بتحديد مكنة نصية المسمى
صم لك لتمتد "لغرض نظري" ويأتي في هذا النوع من التمويل تحسبه
لتمتد المسمى حيا في هذا الصدد، لأنها تعود من 13/5 منه إلى 141.
فلمدة 135 نص على أن

"نصع عقد الإيجار المفضي إلى البيع، والإيجار المضمون بوجوب البيع، أو
الإيجار مع خيار لبراء، والمنفعة يلمتد لملكو اليد في اليد، من لمدة
113 لأحكام هذا الباب وفق لشروط المدة في هذا الفرع مع مراعاة أحكام المدة
114"

وتعد المدة 113 في بنده الأول بأنه:

"تطبق أحكام هذا الباب على القروض كلها كلفت تسميتها أو تقيدها والتي تمسح
بضرورة اعطائية من قبل أي شخص لأجل تمويل المصروفات المالية؛

أ - فيما يخص المصروفات المدة للملك أو لمدة نشاط مهني وتمكن"

لما المدة 114 المحل عليها بموجب المدة 135 والتي تمسح على مراكمتها
تتمس إشارة إلى القروض المستقلة من تطبيق تطبيق الباب المطلق بقروض
المعاري.

الإمكانية المتزايدة في السوق العقارية وتنمية المجال العقاري المعد للسكنى، عن طريق توسيع قاعدة تملك العقار من لدن الفئات الاجتماعية للضعيفة وتشجيع الأمر السكنية ودفع الدخل المحدود من الحصول على سكن بشروط ملائمة، حيث يتم احتساب الأجر المؤداة في شكل دفعات متفق عليها بالتراضي بين البائع والمكثري الممتلك المنتفع من العقار المنجز والمعد للسكنى - سواء كان محظا أو غير محظ - إلى حسن حلول الأجل المحدد لنقل الملكية إلى هذا الأخير.

فهذا العقد الذي يندرج ضمن أنواع البذرع العقارية، إما يتركز في الأصل على انتفاع يكتسب لهما بحول للمكثري الممتلك حق الانتفاع بالعقار بعوض، والأخر ينقل إليه الملكية بعد أداء آخر قسط من الوجبة عند حلول تزيغ حق العيار.

لما عن دراستنا له عقد جديد جاء به المشرع في بطار تحسين وتحديث منظومته القانونية معرزا بذلك قائمة العقود المدنية المنظمة لصكون على الشكل التالي:

الفقرة الأولى: ماهية الإيجار المضمي إلى تملك العقار ونطاق تطبيق القانون المنظم له

سعمل في بطار هذه الفقرة على تحديد مفهوم الإيجار المضمي إلى تملك العقار، وإيراد خصائصه، وكذا تمييزه عن غيره من العقود المشابهة له من ناحية، ورصد العجل الذي حدده القانون رقم 51.00 سريان أحكامه من ناحية ثانية.

أولاً: مفهوم عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

1- تعريف الإيجار المفضي إلى تملك العقار

ين الإيجار المفضي إلى تملك العقار في مفهوم المادة الثانية من القانون رقم 51.00 هو:

"كل عقد بيع يترتب البائع بمقتضاه تجه المكنزي الممتلك بنقل ملكية عقار أو جزء منه بعد فترة الانتفاع به بعوض، مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة 8 من القانون رقم 51.00 وذلك إلى طول تاريخ حق الخيار".

لما عت المادة الثامنة المحال عليها، فقاء فيها أنه:

"يتعين على المكنزي الممتلك أداء الوجيبة باعتبار مبلغا يؤدي على دفعات مقابل تملك العقار أو جزء منه لاحقاً. تتكون الوجيبة وجوباً من جزءين: مبلغ متعلق بحق الانتفاع من العقار، والآخر يتعلق بالأداء المسبق لثمر تملك العقار.

يتم تحديد كل جزء باتفاق بين البائع والمكنزي الممتلك في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ولا يزحد هذا التقسيم بعير الاعتبار إلا في حالة فسخ العقد".

ومن بين ما لاحظناه على هذا التعريف كون المشرع استعمله بالبيع بوصفه العملية القانونية المتمثلة من وراء هذا العقد، وجعله مطابقاً لعملية إكراء من حيث الصيغة العية للنص، كما أنه استعمل عبارة الإيجار والحال أنه كن من الممنحسن استبدالها بالكراء على غرار الفصل 626 من قانون الالتزامات والعقود الذي يسمي بجارة لأشياء: الكراء.

وعلى العموم، فإن الإيجار المفضي إلى تملك العقار عقد يبدأ بالكراء الذي يحول لمكنزي الممتلك حق الانتفاع بالعقر مدة معينة مقابل أداء الوجيبة، وينتهي بالبيع أي بالتملك عن طريق نقل الملكية من

البائع إلى المكري الممتلك عند دفع جميع الأقساط التي تشكل ثمن بيع العقار.

2 خصائص عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

إن هذه الخصائص لا تتفق فحسب من الوصف الذي يمكن بصفه على عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار ضمن تصنيفات العقود³⁷⁴ وإنما أيضا من طبيعته المتميزة، إذ أنه كبيع عن طريق الكراء يبدأ في إنتاج ثمره القانوني بمقد كراء مفوض إلى التملك ويستمر على هذه الحال إلى وقت حلول حق الخيار - المشار إليه في المادة الثامنة السابقة الذكر - ليتحول إلى بيع نهائي للعقار بعد وفاة المكري الممتلك بجميع أوصاف الوجبة.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن من أبرز الخصائص التي يتسم بها هذا العقد، أنه عقد شكلي، بحيث إلى جانب تراصي طرفيه على العناصر الأساسية في حكم ما هيته، وكذا على باقي الشروط التي يعتبر أنها جوهرية، يستلزم المشرع شكلية معينة، ليس لإثباته بل لانقضاء، على عكس القاعدة العامة في الكراء العادي ألا وهي الرضائية، وتتمثل هذه الشكلية أصلا في الكتابة، إذ يجب إبراغ العقد في محرر رسمي أو محرر ثابت التاريخ بعدد مهني ينتمي إلى مهنة قانونية ومنظمة بحولها قانونها تحرير العقود، وذلك تحت طائلة البطلان.

وما دلم العطل في عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، يكون بالصورة عفراء، فإنه يتم تقييده لدى المحافظة العقارية إذا كان محفظا أو تسجيل بسحه منه لدى كتابة ضبط المحكمة المختصة إذا كان غير محفظ.

374 - من ذلك أنه يشترج في عدد الحدود المسماة أو المنظمة، ومن خصائصه أنه عقد فردي ومحدد القيمة ومستمر وعقد نهائي وعقد معاوضة .

وهو كذلك عقد ملزم للجانبين بحيث ليس مقابل أداء المبتكري للممتلك للوجبة وصائر المصروفات لأخرى التي يلزم بها المشرع واستعمال العقار وفق ما خصص له بموجب الاتفاق، يتعين على البائع أن يتحمل الالتزامات الملقاة على عاتقه كتسليم الشيء المبتكري وصمائه، وإبرام العقد النهائي متى توفرت شروطه وما إليها من الالتزامات التي يقررها القانون؛ وعقد معوضة، لأن المبتكري للممتلك يتنع بعوض بالعقد لمدة معينة من الزمن، إلى أن يحل أجل الخيار ليصبح مالكا بعد سداد جميع الالتزامات، أي أنه يصبح صاحب حق عيني على العقار للمبيع، أما لبائع فيستوفي الوجبة؛ فانهك عن أنه لا يكون في بداية تقيده بوعده ناجرا نقلا للملكية، وإنما مجرد إيجار مفضي إلى التملك لمدة محددة باتفاق الطرفين إلى غاية حلول حق الخيار من أجل إبرام عقد البيع النهائي، بمعنى أنه قبل انعقاد البيع النهائي يكون المبتكري للممتلك صاحب حق شعبي محص بحوله لانقاع بالعقد في مقابل عوض إلى حين إتمام البيع، وبظرا لأن ساطه هو نقل الملكية من البائع إلى المبتكري للممتلك، وجب توفر أهلية للتصرف لدى طرفيه.

3 تمييز عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بعض العقود المشابهة

قد تلبس بعض العقود بعقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار نظرا للتراسم المشتركة بينهما، الأمر الذي تكون معه عملية التمييز ضرورية وذلك لكشف عن أوجه الاختلاف بينهما، كما هو الشأن مثلا بالنسبة لبيع الخيار، وبيع العقار في طور الإنجاز.

1 تمييز الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بيع الخيار

إن البيع المعلق على شرط والف لمصلحة أحد المتعاقدين أو بيع الخيار - كما سبق بيانه - عقد يموغ أو يشترط فيه، عند العقد أو في أصله إصافي، ثبوت الحق للمبتكري أو للبائع في نقضه خلال مدة معينة لا يصبح نمبدها - ولو كان المتعاقد الذي احتفظ لنصه بالخيار لم يستعمل

حده لم يبرأ من حرج عن إرادته - وهي ستون يوما (60) تبدأ من تاريخ العقد بالنسبة للعقارات البلدية والأراضي الزراعية، وخمسة أيام بالنسبة للحيوانات الداجنة وكل الأشياء المنقولة³⁷⁵.

غير أنه إذا لم يحدد العقد أجل الخيار، فإنه يفترض أن المتعاقدين ارتضيا لأجل المقرر بمقتضى القانون أو العرف، ذلك الأجل الذي يجب على صاحب الخيار التصريح بإنه بما إذا كان يقصد إمضاء العقد أو نفيه:

فقد يحتار المعنى بالأمر، إمضاء العقد في الميعاد المحدد بوسطة الاتفاق أو للقانون، وفي مثل هذه الحالة يصير البيع تاما والشيء المبيع مملوكا للمشتري من يوم إبرام العقد، أو ترك الأجل يقضي من غير أن يعلم الطرف الآخر بقرره، فيعترض فيه القبول بقوة القانون، أو يتوفى قبل استكمال حق الخيار، فينتقل هذا الأخير إلى ورثته أو إلى مقدمه متى فقد أهلية التعاقد.

ولقد يحتار نقص البيع، فيختار العقد كأن لم يكن وينتج عن ذلك رد كل متعاقد للأخر ما سبق أحده منه، أما المشتري الذي يتخير عليه رد المبيع لا يستطيع رده إلا متعيا نتيجة سبب لا يعزى إلى قطعه أو خطئه، فلا تقع عليه المسؤولية.

وانطلاقا مما ذكر، يتضح أن ممارسة حق الخيار من قبل صاحبه لا يترتب عليها أي تعرض، خلافا لحق الخيار الذي نظمته المشرع في القانون رقم 51 00 إذ يتعين على البائع ثلاثة أشهر قبل حلول تاريخه أن يطلب من المشتري المتملك - بوسطة رسالة مصونة مع الإشعار

375- انظر المقتضيات 8 و 9 و 12 و 13 من القانون رقم 51 00 والفصول 601 و 604 من الفصل 604 من قانون الالتزامات والعقود كما عدل وتمم بظهير 25 أبريل 1917 والفصل 605 من قانون الالتزامات والعقود.

بالتسلم ممارسة حقه في تملك العقار محل العقد داخل الأجل المتفق عليه.

وهنا لا يحلو الأمر من فرصيتين: فإما أن يتم إبرام عقد البيع النهائي بعد أداء المبلغ المتبقي من الثمن المنصوص عليه في العقد وإما أن يصح لأسباب تتعلق بالبائع، وعندئذ يحق للمشتري المتعطل استرداد كل المبالغ المؤداة مع التعويض، أو يفسخ كذلك بطلب من هذا الأخير أو ذوي حقوقه، وفي هذه الحالة يثبت له الحق في استرجاع تلك المبالغ على أن يخصم منها تعويض لفائدة البائع، مع بقائه ملزماً بدفع بقات أخرى سبقتها لأحقاً - وإخلاء العقار³⁷⁶.

ب- تمييز الإيجار المقتضي إلى تملك العقار عن بيع العقار في طور الإنجاز

بالنسبة لبيع العقار في طور الإنجاز، أي ذلك النوع من العقود الذي بناء عليه يلتزم البائع بإنجاز عقار داخل أجل محدد ونقل ملكيته إلى المشتري، مع بقائه محفظ بحقوقه وصلاحياته باعتباره صاحب المشروع إلى غاية انتهاء الأشغال، مقبل ثم يؤديه هذا الأخير تبعاً لنظم الأنفل، والذي صاغ المشرع الأحكام الخاصة به في إطار رقم القانون رقم 107.2، فإنه يتعلق على وجه التحديد بالعقارات في طور الإنجاز المعدة للمبني أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، من طرف الأشخاص الحاضرين للقانون العام أو الخاص تحت طائلة البطلان، سواء كان العقار محفظ أو في طور التحفيظ أو غير محفظ، ويكون مدد البداية عقد بيع يتأخر فيه التسليم إلى حين إتمام الأشغال، والحصول على رخصة السكن أو شهادة المطابقة، وذلك على عكس الإيجار المقتضي إلى تملك العقار، الذي مناطه العقارات المسجرة

376- كنظر المادة 15 والفقرة 1 من كل من المادة 16 و20 ثم المادتان 21 و22 من القانون رقم 00 51 ثم الفقرة 1 من الفصل 603 والفقرة 1 من الفصل 604 المعدل من د.ل.ع. كما عدل ونصم بظهير 25 أبريل 1917. والفصول من 607 إلى 618 من د.ل.ع.

والمعدة للسكنى فقط، محفظة كانت أو غير محفظة، وأساسه المصالح
المكتري الممتلك ابتداء ونقل ملكيته إليه انتهاء بشروط.

ثانياً نطاق تطبيق أحكام القانون رقم 51.00

فرد المشرع بعض مقتضيات من القانون رقم 51.00 لبيس
الوعاء الموضوعي لهذا الأخير، وذلك بتحديد المسائل التي يشملها ذلك
التي تستبعد من نطاقه.

1- العقارات المشمولة بالقانون رقم 51.00

تسري أحكام القانون رقم 51.00 على العقارات المنجزة والمعدة
للسكنى سواء كانت محفظة أو غير محفظة³⁷⁷.

أ- العقارات المنجزة والمعدة للسكنى

تعتبر منجزة العقارات الموحدة فعلاً والجاهزة للسكن، أي القابلة
له نظراً لتوفرها على ملأ العنصر والمقومات التي تجعلها كذلك وفقاً
لإعدادها الطبيعي أو بحسب ما حصصت له بمقتضى الاتفاق.

وقيلما على القانون رقم 107.12 وبمفهوم المحالفة للعنصر 15-
618 منه يعتبر العقار منجزاً بعد الحصول على رخصة السكن أو شهادة
المطابقة، أما للعقارات في طور الإنجاز والمرجوة فقط في التصاميم
متضمن لهذا القانون الأخير.

³⁷⁷ - لقد تم إلغاء 1 من القانون رقم 51.00 بانه.

"تطبق أحكام هذا القانون المنعق بالإيجار المصفي إلى ملك العقار، على العقارات
المنجزة والمعدة للسكنى".
بما للعقارات المحفظة وغير المحفظة فأنشأت ليهما المقتضى 1 و6 من نفس
القانون.

ب- المقدرات المحفوظة وغير المحفوظة

إن الهدف من التحفظ العقاري³⁷⁸ - كما ينص الفصل الأول من الظهير الشريف الصادر في 5 رمضان 1331 (15 غشت 1911) - مشن للتحفظ العقاري كما تم تعديله وتتميمه بموجب الظهير الشريف رقم 11177 الصادر في 22 نونبر 2011 بتنفيذ القانون رقم 14.07 هو جعل القرار المحفوظ خاصا للنظام المقرر في هذا القانون من غير أن يكون بالإمكان إخراجها منه فيما بعد.

ويترتب على تحفيظ العقار، إنشاء رسم عقاري وبطلان ما عداه من الرسوم، وتطهير الملك من جميع الحقوق السابقة غير المصنعة به ناعيك عن تقييد كل التصرفات والوفاتع الرامية إلى إنشاء أو نقل أو تعبير أو إقرار أو إسقاط الحقوق العينية أو التحملات المتعلقة بالملك في الرسم العقاري المؤسس له.

وبتعبير آخر، فإن من شأن التحفيظ العقاري أن يكسب القرار وضعيه ثبته ولهائية، ويظهره - كقاعدة - من أي حق آخر غير مفيد³⁷⁹ كما أنه يعطي للرسم العقاري قوة قانونية غير قابلة للنزاع

³⁷⁸ وللإشارة، فإن التحفظ لا يعتبر إرادية، بل هو أمر اختياري بسبب أن الفصل 6 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 ينص على أن:

"التحفظ اختياري، غير أنه إذا تم مطلب التحفيظ فإنه لا يمكن منعه مطلقا".

وتبعاً لما تقضي به الفقرة 1 من الفصل 7 الذي نسخ وعوض بالقانون رقم 14.07 فإن التحفيظ يكون إجبارياً في الحالات المنصوص عليها في لوائح خاصة، وفي المناطق التي سيتم فتحها بهذه الغاية بقرار يتخذه الوزير الرسمى على فوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمصح العقاري والخرائطية بدء على اقتراح من مديرها - وتحدد بجزءات التحفيظ الإجباري المتعلقة بالحالات المذكورة تفصيل من 1-51 إلى 19-51 من هذا القانون وكذا عندما تأمر به المحاكم المختصة إنشاء منابعا لإجراءات الحجر العقري في مواجهة المحجوز عليه عملاً بالفصل 8 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07

³⁷⁹ - والحقوق العينية المنشأة بعد التحفيظ وكذا التصرفات التجارية على العقار بعد تمريضه، قبل التقييد، لأن التطهير لا يسري إلا على الحقوق السابقة للتحفيظ وغير

لا سيما أنه الوثيقة الوحيدة التي تشمل على تحديد وتخصيص دقيق بهوية العقار من الناحيتين المادية والقانونية³⁸⁰

فكل تحفيظ إذن، يقتضي من المحافظ على الأملاك العقارية، إقامة رسم عقاري يتضمن لزوما جميع البيانات التفصيلية حول وضعية العقار، وشخص ملكه، ومختلف الحقوق والتصرفات القانونية المترتبة عليه³⁸¹ وهو رسم يكتسي صبغة نهائية، وهذا يعيد أنه يعتبر حجة قسطة على ما قبله، وهي حجة محصنة من أي طعن³⁸² وزيادة على ذلك فإن قاعدة "الحجارة سد الملكية"³⁸³ تستمد من مجال العقارات المحصنة

المعل على أنها جريس مسطرة، حيث تعد كل لم تكن ولا يمسوخ لأصطحي الاحتجاج بها، بل ينص عليهم أن يحصلوا ذبعة إصطحيهم.

380- أنظر في هذا المعنى الفصل 52 المعدل والمنتم بالقانون رقم 14.07

381- حسبما يستشف من الفصل 52 المعدل والمنتم بالقانون رقم 14.07.

382- نبت لما يعيد به الفصل 82 المعدل والمنتم بالقانون رقم 14.07.

383- الحجاز سبب من أسباب كسب الملكية، نظمها مدونة الحقوق العرفية في المولد من 219 إلى 263 وتقوم الحجاز الاستحقاقية -كما تنص على ذلك المادة

219- على السطورة الفعلية على الملك بنية اكتسبه، وهي لا تقوم للغير من المغاربة مهم طر أمدها.

وينتظر بصحتها كما تعد بذلك المادة 240 ما يلي:

1- أن يكون وأصحا يده على الملك

2- أن يتصرف فيه تصرف الملك في ملكه؛

3- أن يصب الملك لنفسه والنفس يصبوه إليه كذلك؛

4- ألا يمارعه في ذلك مزارع؛

5- أن تستمر الحيزة طول المدة المقررة في القانون؛

6- في حالة وفاة الحائز يشترط بالإسقة إلى ذلك عدم العلم بالتبوين.

لصوب إلى ذلك أن الحجاز لا تقوم -حسب المادة 241- إلا ببيت على عمل غير مشروع.

لما بالنسبة سببها -كما حدثها المادة 251- فهي أرمود سنة بين الأكسروب غير الشركاء الذين ليس بينهم عدوة، وحضر سنوات 13 كس يوما بينهم عدوة وكما تنص على ذلك المادة 251، فانه لا محل للحيزة.

1- بين الأب وابنه إلى صفل وبين الأم وأبنتها إلى صفل؛

2- بين الأرواح أثناء قيام الزوجية؛

مما يعني أن هذه الأخيرة لا يطلها التقادم بدو عه المكسب والمسقط أي
المر لا يكتسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة
المالك، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المعقودة بالرسم
العقاري³⁸⁴.

وبما أن الرسم العقاري يكتسي صبغة نهائية، فإن أي حق للمر
ينطبق بالعقار المحفظ ولم ينفذ بالرسم العقاري أثناء سريان مسطرة
التحفظ، لا يمكن لصاحبه المتضرر من جراء هذه العملية، أن يطالب
به عي³⁸⁵ غير أنه يمكن لهذا الأخير في حالة التخليص فقط أن يقدم على
مرتكبه دعوى شخصية بآء تعويضات لجبر الضرر الذي لحق به على
إثر التحفظ³⁸⁶ أما المبالغ المالية التي قد يحكم بها لصالح الطرف

3- بين الشركاء مطلقاً؛

4- بين الغائب الشرعي ومن هم إلى نظره؛

5- بين الركيل وموكله؛

6- بين المالك بإدارة لأموال العارية وأصحاب هذه الأموال
وطبقاً لما تصرح به المادة 261 فإنه لا يكتسب بالحازة ما يلي:

1- أملاك الدولة العامة أو الخاصة؛

2- الأملاك المحبسة؛

3- أملاك الجماعات البلدية؛

4- أملاك الجماعات المحبسة؛

5- العقارات المحبسة؛

6- الأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون.

384- كما عبر عنه المشرع في الفصل 63 للمحل والمتعم بالقانون رقم 14.07
بقرنه: "إن التقادم لا يكتسب أي حق عيني على العقار المحفظ في مواجهة المالك
العقيد، ولا يسقط أي حق من الحقوق العينية المعقودة بالرسم العقاري".

385- الشيء الذي لكنه المشرع بقرنه في الفقرة 1 من الفصل 64 الذي نصص
وحوض بالقانون رقم 14.07 :

"لا يمكن إقامة أي دعوى في العقار بسبب حق وقع الإضرار به من جراء
التحفظ".

386- صلا بما ورد في الفقرة 2 من نفس الفصل:

المتضرر من جراء خطأ في التخطيط أو تقيد لاحق فيصعده صندوق التأمين في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية³⁸⁷.

وبالنسبة للقانون رقم 5.00 بجده يجيز للمكثري للمتملك متى كان العقار محفظاً أن يطلب من المحافظ على الأملاك العقارية وضع تقيد احتياطي³⁸⁸ على الرسم العقاري استناداً إلى عقد الإيجار للمقضي إلى

"يمكن للمتضررين في حالة التخليس فقط أن يقدموا على مرتكب للتدليس دعوى شخصية بلداء ثرويات".

387 ينص الفصل 00، الذي نسخ وعوض بالقانون 14.07 على أنه:
"يؤسس صندوق للتأمين، الغية منه أن يصور في حالة عسر المحافظ العام أو المحافظين على الأملاك العقارية، أداء المبلغ المالية التي قد يحكم بها عليهم لصالح الطرف المتمسك من جراء خطأ في التخطيط أو في تقيد لاحق.
يحدد السقف الأقصى للصندوق المذكور في مبلغ 100 مليون درهم.
بموضوع كل نقص منه نتيجة تعدد حكم مكتسب بقوة الشيء المقضي به من ميزانية الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح العقاري والخرائطية للسنة المالية لتلك التي وقع فيها هذا النقص"

وبالإضافة، فإن الوكالة المذكورة أضاف بموجب الظهير الشريف رقم 1.02.125 الصادر في 13 يونيو 2002 بتعديل القانون رقم 58.00 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5032 بتاريخ 22 غشت 2002، ص 2405

388- التقيد الاحتياطي إجراء يحوله القانون لكل من يدعي حقاً عقيد على عقار محقق قصد الاحتفظ به مؤقتاً، وذلك بالإشارة إليه في الرسم العقاري في اقتدار تعويل هذا التقيد الاحتياطي إلى تقيد نهائي إذا توفرت الشروط المنطبقة لذلك، أو التخليص عليه حسب الأحوال وتجرده من كل أثر.

وعليه، فإن الهدف من التقيد الاحتياطي هو الاحتفظ مؤقتاً بحق موجود غير أنه ملق على أمر ما، كإتمام بعض إجراءات المرتبطة بتقيد.

ولملاحظ أن من بين المسجدة التي جاء بها القانون رقم 14.07 تعويض حالات ورجال التقيد الاحتياطي.

واللغز على ذلك، راجع مثلاً الفصل 85 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 والفصل 86 الذي نسخ وعوض بالقانون رقم 14.07، والفصل 86 مكرر الذي أضيف بالقانون رقم 14.07، والفصل 88 المعدل والمتمم بالقانون رقم 14.07 وغيره من الفصول.

تملك العقار بهدف الحفاظ مؤقتا على حقوقه، علما ان هذا التقييد يظل ساري المفعول إلى غاية تقييد عقد البيع النهائي في الرسم العقاري الذي تمس رتبته بلثر رجعي ينسحب إلى تاريخ التقييد الاحتياطي³⁸⁹

أما العقارات غير المحفظة، فهي المقاربات الأصلية أو العادية التي تمرى عليها أحكام الفقه الإسلامي³⁹⁰ ومقتضيات قانون الالتزامات والعقود، وأحيانا تخصص للأعراف؛ ولهم يعلق بالأساس الذي تقوم عليه، ويتمثل في الحيابة أي وضع اليد الهادئ والعلني والحلي من الالتباس³⁹¹.

وحسب الفقور رقم 51.00 إذا كان العقار غير محفظ، فإن نسخة من عقد لإيجار المفضي إلى تملك العقار تسجل بسجل خاص لدى كتابة ضبط المحكمة الابتدائية التي يوجد العقار ضمن دائرة نفوذها³⁹².

2- الموضوعات المستثناة من نطاق القانون رقم 51 00

لقد نص المشرع صراحة في القانون رقم 51 00 على بعض الموضوعات التي تحرج على نطاقه، ويتعلق الأمر بالقانون رقم 679

389- أنظر المادة 5 من القانون 51.00.

390- وتخصص لأحكام الفقه الإسلامي أيضا العقارات في طور التصفية، والتي يقصد بها العقارات التي سبق لأصحابها أن قدم بشأنها مطلب تحفيظ، إلا أنه لم يصدر بعد قرار نهائي بإلغائه الرسم العقاري، الأمر الذي يجعلها تظل محتفظة بطبيعتها الأصلية.

391- ينص الفصل 166 من قانون المظطرة المدنية على معر من الحديث عن دعاوى الحيابة- على أنه:

" لا يمكن رفع دعاوى الحيابة إلا ممن كانت له شخصيا أو بواسطة الغير، مدة سنة على الأقل، حيابة صدر أو حق عيني عقاري، حيابة هادئة طنية متصلة غير مقطوعة وغير مجردة من الموجب القانوني وحالية من الالتباس.

غير أنه يجوز رفع دعوى استرداد الحيابة المسترجعة بالعنف أو بالإكراه، إذا كانت للمدعي وقت استعمال العنف أو الإكراه، حيابة مدنية وخفية وعلانية وعلنية"

392- أنظر المادة 6 من القانون رقم 51.00.

الوسيلة في العقوة الخاصة ، العقود المدنية والتجارية والبنكية

للمصادر بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني³⁹³ والقانون رقم 6499 الحاص بالمرسوم الوجبة للكرتية³⁹⁴ والمرسوم بمثابة قانون رقم 280-552 القاضي بتخصيص مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكثريين³⁹⁵ والتي تم نسخها بموجب المادة 75 من القانون رقم 67.12 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة

393- صدر بشأن تنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، الظهير الشريف رقم 180315 بتاريخ 25 جشت 1980 يتضمن لأمر بتعديل القانون رقم 6.79 بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3560 بتاريخ 21 يناير 1981 ص 68.

394- يتعلق الظهير الشريف رقم 199211 الصادر في 25 غشت 1999 بتعديل القانون رقم 6499 بمستيفاء الوجبة للكرتية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4732 بتاريخ 7 أكتوبر 1999 ص 2449.

395 - ينص المرسوم بمثابة قانون رقم 280552 الصادر بتاريخ 8 أكتوبر 1980 بتخصيص مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكثريين، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 3545 بتاريخ 8 أكتوبر 1980، ص 1262

وعما تجدر الإشارة إليه، أنه بتاريخ 19 نونبر 2013، صدر الظهير الشريف رقم 13.111 الصادر بتاريخ 19 نونبر 2013 بتعديل القانون رقم 6712 المتعلق بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للمحلات المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6208 بتاريخ 28 نونبر 2013، ص 7328 الذي نص في المادة 75 منه على نسخ مجموعة من التفضيلات منها تلك المتعلقة:

- بالأماكن المعدة للسكنى والاستعمال المهني الواردة في الظهير الشريف الصادر بتاريخ 25 غشت 1999 المتعلق بمستيفاء الوجبة للكرتية.

- بتحديد الأماكن المعدة للسكنى المنصوص عليها في الظهير الشريف المؤرخ في 19 غشت 1941.

- بالتخصيص من مبلغ كراء الأماكن المعدة للسكنى لفائدة بعض فئات المكثريين الواردة في المرسوم بمثابة قانون الصادر في 8 أكتوبر 1980.

- بتنظيم العلاقات التعاقدية بين المكري والمكثري للأماكن المعدة للسكنى أو للاستعمال المهني المنصوص عليها في الظهير الشريف الصادر بتاريخ 25 جشت 1980 حسبما وقع تحرير وتعميمه . .

للمسكن أو للاستعمال المهني المؤرخ في 19 نونبر 2013، وهو امر مسطقي في نظره للاعتبارات الآتية .

- أن القانون رقم 6.79 إنما تنحصر وطبيعته في تنظيم العلاقات المذكورة دون أن يتجاوز ذلك إلى تنظيم تملك العقار بعد فترة من الانتفاع به يعرض إلى حلول تاريخ حق الحير؛

- وأن القانون رقم 64.99 يتناول الوجبة المالية لكرء الأماكن المعدة للمسكن أو للاستعمال المهني أو التجاري أو الصناعي أو الحرفي، التي يمكن في حالة للتأخر عن أدائها في الأجل المحدد، سلك مسطرة الإنذار من قبل رئيس المحكمة الابتدائية المختصة، وليس الوجبة بمفهومها في المادة الثامنة من القانون رقم 51.00 التي تتكون وجوبا من جزئية: مبلغ يتعلق بحق الانتفاع من العقار، ولآخر يخص الأداء المسبق لثمن تملكه، والتي تؤدي في إطار علاقة تعاقدية بزواج وجه الكراء والبيع، مما يخلو للبائع حق المطالبة بنفسها عند عدم تعهد المكثري الممتلك بالتزاماته المرتبطة بها؛

- وأن مبدأ تخصيص مبلغ كراء الأماكن المعدة للمسكن نقادة بعض فئات المكثريين عملا بالمرسوم بمثابة قانون رقم 280.352 لا يمكن تطبيقه في إطار الإيجار المعصني إلى تملك العقار، لأن الوجبة تشمل على جزء من ثمن تملك العقار الذي هو "ثمن محدد غير قابل للمراجعة" من قبل للطرفين، وبخاصة يصر بحق البائع في استبقاء ثمن هذا الأخير.

وإن بل هذا على شيء، فإنما يدل على النظام القانوني الخاص الذي يستل به هذا النوع من العقود، والذي حذا بالمشرع إلى أن يخرج من مجال تطبيقه المقتضيات المذكورة أعلاه صراحة، وبالتالي فلنبا نستشف من موقفه هذا، إمكانية الرجوع إلى القواعد المتعلقة بكل من الكراء والبيع فيما لم يرد بشأنه مقتضى خاص في القانون رقم 51.00.

الفقرة الثانية: إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك المعمار له

حتى ينتج عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار آثاره القانونية لابد من أن تتوفر فضلاً عن الأركان العامة للمنطقة أصلاً في مسائل العقود - وهي أهلية للتزام، وتعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للتزام، وشيء محقق يصلح أن يكون محلاً للتزام، وسبب مشروع للتزام - على الشروط الخاصة به.

أولاً: إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

نذكر المشرع صراحة عقد البيع النهائي في إطار القانون رقم 51.00 دون العقد الابتدائي، وذلك خلافاً للقانون رقم 107.12 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز، علماً أنه يمكن التمييز في إطاره بين مركبين قانونيين أحدهما يكون فيه المكتري الممتلك صاحب حق شخصي يمنحه الانتفاع بالعقار، والآخر هو عقد البيع النهائي الذي يجعل منه صاحب حق عيني أي مالكا للعقار، ونحن في إطار دراستنا هذه سنتطرق بنفس الصياغة التي استعملها المشرع أي عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار، للدلالة على العقد الابتدائي، وتملك العقار للدلالة على عقد البيع النهائي.

1- كيفية إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

يتطلب المشرع إبرام هذا العقد، أن يحرر تحت طائلة البطلان - بموجب محرر رسمي أو محرر ثابت للتاريخ، من طرف مهني، ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة يحول لها قانونها تحرير العقود، أي من لادن موثق أو عدل أو محام معبول للترافع أمام محكمة النقض، والتوقيع والتمسك على جميع صفحاته من قبل الأطراف المتعاقدة والجهات التي حررت، وكذا تصحيح الإمضاءات بالنسبة للعقد المحرر من المحامي لدى رئيس كتلة ضبط المحكمة الابتدائية التي يمارس هذا الأخير

مهله بدائرة نفوذها³⁹⁶ وإجراء تنفيذ احتياطي لدى المحافظة العقارية
لا كان العقار محفظاً، وتسجيل نسخة من العقد بسجل خاص تملكه
كتابة الصبط لدى المحكمة الابتدائية أي موجود بدائرة نفوذها العقار، إذا
كان العقار غير محفظ.

وربادة على هذه الشكالية التي قررها المشرع لتحرير عقد الإيجار
للمعصي إلى تملك العقار، فإنه استلزم أيضاً نصيبه مجموعة من
"العناصر" على حد تعبيره، تمثل طبقاً للمادة السادسة من القانون رقم
51.00 فيما يلي:

- 1- هوية الأطراف للمتعلقة؛
- 2- مراجع العقار محل العقد؛
- 3- موقع العقار ووصفه كلياً أو جزئياً؛
- 4- ثمن البيع المحدد الغير لقابل للمراجعة؛
- 5- مبلغ التسييق عد الاقتضاء وتحديد الوجبة التي يتحملها المكثري
للمتملك وقررات وكيفية تسديدها وكذا كيفية حصص الوجبة من ثمن
البيع؛
- 6- تحويل المكثري الممتلك إمكانية تسييق أداء ثمن البيع كذا أو جزئياً
قبل حلول تاريخ حق الخيار؛
- 7- مراجع عقد التأمين المبرم من قبل الساع لضمان العقار؛
- 8- شروط مزاولة حق الخيار ونسخه؛
- 9- تاريخ بدء الانتفاع من العقار والأجل المحدد للمكثري الممتلك
لممارسة حقه في تملك العقار وكذا شروط التمديد والتسخ للتسييق للعقد.

396 ولجندبر بالإشارة، أن وزير العدل يحدد مسبقاً لائحة بأسماء المهنيين
المقبولين لتحرير هذا النوع من العقود يفيد بها المحكمون المقبولون للترافع أمام
محكمة النقض طبقاً للقانون المنظم لمهنة المحاماة كما يتولى من تنظيم تحديد
شروط تنفيذ باقي المهنيين المقبولين لتحريرها، صحيحاً يفيد به المادة 4 من القانون
رقم 51.00

وهذه العناصر - التي تختلط فيها في راسا، للبيانات مع السداد حسب صياغة المشرع المغربي لها- تتمحور من جهة، حول اشخاص عدد الإيجار المصفي إلى تملك العقار، أي الأطراف المتعاقدة وذلك من حيث تبيان هويتها، ومن جهة أخرى حول محل العقد، أي العقار الذي يجب تعيينه من خلال وصفه كليا أو جزئيا، وذكر مراحله ومرجع عد التأمين المبرم من قبل البائع لضمانه، وكذلك الوجيبة- فسي مطسوق المادة الثامنة من القانون رقم 51.00- التي ينبغي أن تكون محددة بدقة من حيث أصاطها وفترات وكيفية تسديدها وحصصها من ضمن البيع ونسب البيع المحدد عبر فابل للمراجعة، ومبلغ التسييق عدد الاقتضاء مالهيك عن حق المكثري الممتلك المرتبط بالانتفاع من العقار، وذلك بتحديد تاريخ الشروع فيه، وحقه للربط للحيث، إذ يجب الإثارة فسي العقد إلى شروط مرفولته، وكذلك إلى أجل ممرسة حق التملك وشروط التمديد والفتح المسيق للعقد.

2- آثار إبرام عقد الإيجار المصفي إلى تملك العقار

إن انعقاد هذا العقد تترتب عليه آثار قانونية خصصها المشرع بالباب الثالث من القانون رقم 51.00 تحت عنوان: "حقوق والتزامات الأطراف" إذ بالسببة للمكثري الممتلك ينشأ له حق الانتفاع بالعقار بخصوص فسي مقابل أداء الوجيبة المنصوص عليها في المادة الثامنة والتي يتم تحديد كل جزء منها بالاتفاق بيه وبين البائع، هذا الأخير الذي لا يحق له أن يطلب أو يقبل أي أداء كرمس كن نوعه قبل التوقيع على العقد ويتمتع بالإضافة إلى الحقوق الأخرى المخولة له بمقتضى العقد، بحق الأنسية على باقي الدائنين غير المرتهنين، وحفاظا على هذه الحقوق وعلى رتبته في السجل العقاري، يحق له بجراء تقييد احتياطي على الرسم العقاري بناء على عقد الإيجار المصفي إلى تملك العقار إذا كان العقار محصل، أما إذا كن غير محصل فإنه يسجل نسخة منه- أي من

الملك المذكور بمحل خاص تملكه كذا، في فاسمها لدى المحكمة الابتدائية الموجود العمار بدائرة بغيره.³⁹⁷

وفي المقابل، يتعين عليه إبقاء من تاريخ بدء الانقاع، بمسند الوجبة باعتبارها مبلغاً يؤدي على دفعات من أجل تملك العقار أو جزء منه لاحقاً - طبق الشروط الواردة في العقد، واستعمال العمار بمسند العناية التي يديرها شؤونه الخاصة، ورفض الغرض المدة بمقتضى عقد الإيجار المقتضى إلى تملك العقار، وتحمل تكاليف صياغته كما هي محددة في قانون الالتزامات والعقود³⁹⁸ والقانون الصادر بشأن تنظيم الملكية المشتركة للعقارات العينية³⁹⁹ وعدم إجراء أي تغيير على العقار من شأنه يهدد سلامة وأمن للسكان وحسن استعمال التجهيزات الموجودة به، إلا أنه يمكنه بعد موافقة لئان كندية، القيام على نفقته بدحل تحسينات عليه أو على جزء منه فقط.⁴⁰⁰

لما فيما يخص البائع، فإنه علاوة على الالتزامات المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود⁴⁰¹ الخاصة بالمكري-الذي أحال

397- أنظر المولد 5 و 6 و 8 و 9 و 11 من نفس القانون.

398- خاصة منه الفصل 639 الذي يقتضي بأنه :

تعي كراء العقارات لا يلزم المكثري بإصلاحات الصيانة البسيطة، إلا أنه كلف به بمقتضى العقد أو العرف. وهذه الإصلاحات هي التي تجرى:

- لبلط العرف وزليجها إذا لم يتكسر منه إلا بعض وحده.

- للأرواح الرجعية ما لم يكن تكسرها بشئ من البرد وغيره من النوازل الاستثنائية وبوزل القوة القاهرة التي يتسبب خطأ مكثري في حدوثها.

- للأبواب والنوافذ والأبواب لمدة بطق الحوائط والمصحات والقناريين والأفكال.

لما تبييض العرب وإزالة طلائها واستبدال ما يلي من الأوراق المصققة بحذونها وأعمال اللازمة للمسحوق ولو كانت مجرد أصل الطلاء أو التبييض، فلتع على عائق المكري".

399- أي القانون رقم 18.00 كما غير وتم بموجب القانون رقم 106.12.

400- تبعاً لما تنص عليه المادة 10 من القانون رقم 51.00.

401- في الفصول من 635 إلى 662 منه.

عليها لقانون رقم 51.00⁴⁰² - والمتمثلة في الالتزام بتسليم المسمى المكنزي للمكنزي الممتلك، والالتزام بالضمائم، فإنه يجب عليه أن يبرم بمعاينة العقار بحضور المكنزي الممتلك أثناء إبرام العقد وكذا عند فحصه - وإلا فإنه بعد مضي مدة نهائية أيام من تاريخ الإيداع وعقابه دون طوى، تتم للمعاينة من طرف خبير تعينه المحكمة بناء على طلب صاحب الحق، ويدفع مصاريفها الطرف المحل⁴⁰³ - وتحصل تكاليف الإصلاحات المنصبة على العنصر التي يتركز عليها ثبات أو صفة العقار وعلى تلك المكونة أو الملازمة له جميعها⁴⁰⁴.

3- عقد البيع النهائي

كما هو واضح من قانون رقم 51.00، فإن هذا العقد يبرم وفق نص الكيفية التي تم بها إبرام عقد الإيجار المسمى إلى تملك العقار - أي العقد الابتدائي كما هو متواتر في بعض الدراسات الأكاديمية - وذلك بعد أن يكون المبيع، ثلاثة أشهر قبل حلول حق الخيار⁴⁰⁵ قد طلب من المكنزي - بواسطة رسالة مصمونة مع الإشعار بالتسليم - ممارسة حقه في تملك العقار محل العقد، داخل الأجل المتفق عليه، وبعد أن يكون هذا الأخير قد دفع المبلغ المبقي من ثمن البيع المتفق عليه في عقد الإيجار المسمى إلى تملك العقار، أو حصل على قرض لضمان تمويل ما تبقى من الأقساط المستحقة من مؤسسة قرض معتددة.

وهكذا، تنتقل الملكية إلى المكنزي الممتلك، ويتسلم العقار بالحالة التي كان عليها أثناء إبرام عقد البيع النهائي.

⁴⁰² وبالمصطلح مطبق للمادة 11 منه.

⁴⁰³ فيما لم تكن عليه المادة 12 من نفس القانون.

⁴⁰⁴ انظر المادة 13 من نفس القانون.

⁴⁰⁵ في الخيار الوارد في القانون رقم 51.00 حق ملحة المخرج للمكنزي فقط وهو عبارة عن أجل مطلق عليه مسمى بينه وبين المبيع ومضمن في العقد الأولي، إذ حله يدفع على صاحبه أن يبرم العقد في غضون أجل مسمى في العقد الأولي، إذ لا

لما إذا رخص البائع لبرسه في أجل أقصاه ثلاثين يوما من توصله بإندرس
بقي دون جنوى، فإنه يحق للمكتري الممتلك -الذي وفي ضمن البيع
كاملا - المطالبة قضائيا بإبرامه وفي هذه الحالة يعد الحكم النهائي
قاصدا بتمام البيع بعثابة عند بيع نهائي⁴⁰⁶.

ثانيا: فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار

في فسخ عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار هو الباب الخامس
الذي احتتم به المشرع القانون رقم 51 00 والذي تطرق فيه إلى الفسخ
لأسباب منسوبة إلى البائع، والفسخ لأسباب منسوبة إلى المكتري
التمتلك أو ذوي حقوقه.

1- الفسخ لأسباب منسوبة إلى البائع

إذا كان فسخ العقد نسب يعزى إلى البائع، فإنه يثبت للمكتري
التمتلك حينئذ الحق في استرداد المبالغ المؤداة بالتسبيق، وبذلك فضلا
عن تعويض قدره 10% من هذه المبالغ التي يجب عليه ردها داخل أجل
أقصاه ثلاثة أشهر بعد الفسخ، وما لم يتم بذلك، فإنه لا يجوز له مطالبة
المكتري الممتلك بإفراغ العقار.

2- الفسخ لأسباب منسوبة إلى المكتري الممتلك أو ذوي حقوقه

يمكن للمكتري الممتلك -أو ذوي حقوقه- لأسباب منسوبة إليه، أن
يطلب هو الآخر فسخ العقد سواء قبل أو بعد حلول تاريخ حق الخيار إذ
يسترد المبالغ التي دفعها بعرض إقضاء العقار طبقا لمقتضيات المادة
الثامنة من القانون رقم 51.00، وخصم تعويض لفائدة البائع بمسدة 10%
من هذه المبالغ، وإحلاء العقار ما لم يتفق على خلاف ذلك

ونظرا لأن العقد هو في بدايته عقد كراء، فإن للمكتري الممتلك
يكون مطالب في جميع حالات الفسخ بدفع للوجبة المستحقة وغير

⁴⁰⁶- انظر المواد من 15 إلى 19 من القانون رقم 51 00.

المؤداة مقابل الانتفاع بالعقار، وانفقت الناتجة عن تدهور حالة هذا الأخير على إثر استغلاله⁴⁰⁷.

وصمما لحقوق البائع عند إحلال المالك للمالك بالتزامات التعاقدية المتعلقة بالتسويق - عند الاقتضاء - والوجيبة - مع تبصر من المبالغ المستحقة بقدر 10%، وماتر العقارات الأخرى، فإنه يجوز لرئيس المحكمة الابتدائية بصفته قاضيا للمستعجلات، أن يصدر أمرا بفسخ عقد الإيجار المفصلي إلى نملك العقار، وإعراج العقار باعتباره للمالك المملك محظا له بدون سند قانوني⁴⁰⁸ وشطب قيده الاحتياضي إذا كان العقار محظا.

وإذا كان لإيجار المفصلي إلى نملك العقار، يعتبر صيغة تعاقدية نظمها المشرع إسهاما منه في توسيع قاعدة استغلال الثروات الاجتماعية ذات الدخل المحدود أو المعوزة من اقتناء عقار مسجل ومعد للسكنى، إلا أنه نرى أنه حبا لو يتدخل لإعادة النظر في مجموعة من مقتضيات هذا القانون التي وكتتها التيسر، من قبيل المادة 16 التي أشار فيها إلى عقد البيع النهائي، والحال أنه لم يتطرق قبل ذلك إلى العقد الابتدائي بعكس ما فعله بالنسبة لبيع العقارات في طور الإنجاز؛ والمادة 20 التي نص فيها من ناحية على قبض المبالغ المؤداة بالتسويق والوجيبة المؤداة مسبقا، وهي صيغة تطرح إشكالا لاسيما إذا علمنا أن الوجيبة في حد ذاتها تتكون من مبلغ يتعلق بالأداء المسبق لثمن نملك العقار، واستعمل فيها⁴⁰⁹ من ناحية أخرى لفظ المحل، الذي به دلالة تختلف من ناحية قانونية عن لفظ المحل، في الوقت الذي كان يجدر به توحيد المصطلح رفعا لأي لبس؛ والمادة 2 التي جعلت فيها الفسخ يتم لأسباب مسبوبة إلى

⁴⁰⁷ - فطر المؤداة من 10 إلى 22 من نفس القانون.

⁴⁰⁸ - لأن في حالة فسخ العقد الإيجار المفصلي إلى نملك العقار، أو عدم إبرام عقد البيع النهائي في أجل المحدد، فإن للمالك المملك لا يستفيد من أي حق فسخ البقاء في العذر ما لم يتفق على خلاف ذلك.

⁴⁰⁹ - وكذا في المادة 22 من نفس القانون.

البائع والمكثري الممتلك أو ذوي حقوقه دون أننى قيد لو شرط⁴¹⁰ وكل من المادة 20 و 21 اللتان سوى فيهما بين البائع والمكثري الممتلك فيما يتعلق بنسبة التعويض رغم اختلاف مركزهما القانوني والاقتصادي.

وعلى العموم، فإنه يستشف من التقنية التي يطوي عليها هذا العهد، أنه يخفى داخله شرط الاحتفاظ بالملكية من أجل الصغار، ما دام أن نقلها لا يتحقق إلا بعد ممارسة حق الخيار من قبل المكثري الممتلك بعد أن يكون قد سدد جميع الأقساط المقررة عليه، كما أن تحويل البائع حق الاستفادة من المضطرة الاستعجالية عند عدم تنفيذ هذا الأخير - أي المكثري الممتلك - لالتزاماته التعاقدية إنما يكرس في الواقع قيمة الحماية التي يزوم المشرع توفيرها للطرف الذي يحتفظ بالملكية في إطار هذا النوع من العقود.

⁴¹⁰ - ومن البين أن تكون هذه الأسباب في نظرنا مقبولة ومبررة بحيث يُعتبر معها الاستمرار في تنفيذ الالتزام من قبل أي من الطرفين المتعاقدين، وبالتالي يكون الحوير عن اللجوء إلى فسخ العهد، وهو ليس صفا بقوة القانون بحلول أن المشرح اضطرر حارة "السبب مسببة له".

المبحث الثالث

مقد الوديعة وعقد الوكالة

تعتبر الوديعة من أهم العقود التي فرضت حضورها ليس فقط في المعاملات المدنية، ولكن أيضا في المعاملات التجارية خاصة وأنها تعتبر عقدا يكتفي نظمه المشرع في الكتاب الرابع من مدونة التجارة حيث أورد له أحكاما خاصة به إلى جانب الأحكام العامة المقررة في قانون الالتزامات والعقود، مثلها في ذلك مثل الوكالة التي أصبحت مع مرور الوقت تشكل في نظرنا منظومة قائمة بذاتها بحيث تنقسم مقتضياتها العديد من القوانين في مقدمتها قانون الالتزامات والعقود وقانون المظرة المدنية، ومدونة التجارة، ومدونة الأسرة وغيرها.

ونائسا على ذلك، فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين سنطرق إليهما تباعا على الشكل التالي:

المطلب الأول عقد الوديعة

تعتبر الوديعة من العقود التي حظيت من لدن المشرع بالتنظيم في إطار قانون الالتزامات والعقود⁴¹¹ كأحد العقود المسماة المدنية التي ترد على العمل، مثلها في ذلك مثل الوكالة، وكمودج للعقود العينية في تشريعنا - إلى جانب كل من العارية والرهن الحبري، حيث تتميز بتعطيل المالك - المودع - غيره - المودع عنده - على حفظ عين من ماله - الشيء المودع أو الوديعة - مدة معينة، ثم برده بعينه، وبأنها قد تكون اختيارية أو اضطرارية.

والوديعة الاضطرارية طبقا للفصل 789 المعدل والمعتم بظهير 6 فبراير 1951، هي التي تجبر عليها حادث كحريق أو غرق أو أي حادث آخر غير متوقع أو ناجم عن قوة قاهرة، ويمكن إثباتها بأية وسيلة من وسائل الإثبات أب ككثت قيمة الشيء المودع، خلافا للوديعة الاختيارية التي يلجأ إليها المرء بمحض إرادته ويجب إثباتها بالكتابة متى تجاوزت قيمة هذا الأخير مئتي (200) درهم⁴¹².

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الوديعة الاضطرارية تتعقد في ظروف يحد فيها المودع نفسه مصطرا - وليس مكرها - إلى الإيداع حتى ينفذ ماله من خطر الحادث غير المتوقع الذي يهدده، وشرط عدم التوقع يتجاوز عنه في العديد من الحالات كما في وديعة العائق؛ كذلك فإن واقعة الاضطرار تجعل الوديعة تخضع لأحكام

411- وذلك في الفصل من 781 إلى 817 بالنسبة للوديعة الاختيارية، وفي الفصل من 818 إلى 828 فيما يتعلق بالحراسة أو وديعة الأشياء المتنازع عليها.
412- وهذا خلافا للقاعدة الواردة في الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمعتم بقانون رقم 53.05.

ويرى أنه لا غرابة في ذلك، فالفصل 789 وضع في 12 غشت 1913 وظن على حاله منذ ذلك التاريخ إلى يوم هذا، أما الفصل 443 فعدل وتم بالقانون المنكور في 30 نونبر 2007.

خاصة، من ذلك على سبيل المثال أن الإثبات يكون بجميع الحقوق،
تجوزت قيمة الشيء المودع مائتي درهم، نظرا لوجود المسامحة من
الحصول على الحجة الكتابية وقت الإيداع، وأن تكون مساجرة -
خروجا على الأصل في الوديعة الاختيارية - استناد إلى الشيء
المتبرعة للمتعلقين ما لم يفض الاتفاق أو العرف بأن تكون على سبيل
التبرع، وأن يندل المودع عنده في حفظ الشيء للمودع عينة أخير ما
هو مطلوب في الوديعة الاختيارية، ولو كانت بغير أجر، بل ولا يجوز
فيها الاتفاق على إعاقته من المسؤولية أو تحفيها وإلا اعتبرت راتبة
مشوبة بالإكراه.

وعلاوة على كل من الوديعة الاختيارية والاضطرارية، هناك ما
يسمى بالوديعة الناقصة، وهي الوديعة التي يكون محلها مبلغا من النقود
أو أي شيء آخر مما يستهلك بالاستعمال، ويأخذ المودع للمودع عنده
بإستعماله، ومن ثم لا يستطيع هذا الأخير أن يردده بعينه، بل يردده
كما في القرض، الشيء الذي جعل المشرع يخرج بها على أن تكون
وديعة وأخصها للقواعد الخاصة بعارية الاستهلاك أو القرض،
ولتمييزها عن الوديعة العادية يطلق عليها لفظ "الوديعة الناقصة"، أما
المشرع المغربي فحسم الأمر وسمها بالقرض⁴¹³؛ هذا فضلا على أنه
حصنها بمقتضيات في مدونة للتجارة، تناول فيها يداع النقود ولیداع
السندات⁴¹⁴

413- في الفصل الفصل 782 من ق.ل.ع الذي جاء فيه أنه:

"إذا سلم شخص لأخر على سبيل الوديعة ثوبا، متلبه أو سندت لمعاملها أو لغيرهما
معاملة، ولكن مع الإذن للمودع عنده في استعمالها على أن يرد مثلها تقريبا ونوعا
وصفا، فإن القرض الذي ينشأ في هذه الحالة يخصص للقواعد الخاصة بعارية
الاستهلاك "القرض".

414- وذلك في المولد من 509 إلى 518.

الفقرة الأولى: ماهية الوديعة

مستصحب در استق لهذه الفقرة على تحديد مفهوم الوديعة وإبراز خصائصها الأساسية وتمييزها عن بعض العقود المشابهة، وذلك تباعاً على النحو التالي:

أولاً: تعريف عقد الوديعة وخصائصه

1- تعريف عقد الوديعة

الوديعة حسب الفصل 781 من قانون الالتزامات والعقود "عقد بمقتضاه يسلم شخص شيئاً موقوفاً إلى شخص آخر يلتزم بحفظه ويرده بعينه" وهو تعريف يرى أن المشرع ساعاه على نحو يبرز معه التسليم كعنصر أساسي لانعقاد العقد، ومحل العقد الذي يكون أشياء موقوفة والتزام المودع عنه بحفظ هذه الأخيرة وردها بعينها، كما يكثف عن أنها في الأصل من عقود التبرع لا من عقود المعاوضة.

وفي هذا الشأن، يختلف قانون الالتزامات والعقود حسب قراءتنا للمقتضيات المنظمة لعقد الوديعة، عن مجلة الالتزامات والعقود التونسية، التي عملت على التعريف بالشيء المودع أو بالأحرى تحديده ولم تعرف عقد الوديعة بصيغة عامة، داهية في المادة 995 منها إلى أن: "الوديعة شيء موقول يتسلمه شخص من شخص آخر بمقتضى عقد ليحفظه ويرده بعينه" وعن القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 الذي جعل عقد الوديعة، انطلاقاً من المادة 718 عقداً رضائياً لا عينياً، لا سيما وأنه نص على التسميم كأحد التزامات المودع عنه، وليس كركن أساسي لانعقاده، بقوله:

"الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن ينزولي حفظ هذا الشيء وعلى أن يرده عيناً" وكذا، عن القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، الذي أبا إلا أن يؤكد على قيام عقد الوديعة إلى

عقود الأمانة، تلك العقود التي تنسب على الاعتناء الشخصي، حيث يرد
أن نص في المادة 950 منه على ما يلي:

١- الأمانة هي المال الذي وصل إلى يد أحد بائذ صاحبه حقيقة أو
حكما لا على وجه التملك، وهي إما أن تكون بعقد استحقاق كالوديعة
أو صمم عقد كالمأجرر والمستعار، أو بدون عقد ولا قصد كما لو ألفت
الريح في دار شخص من أحد.

2- والأمانة غير مصمومة على الأمين بالهلاك، سواء كان بسبب يمكن
لتحرره منه أو لا، وإما يضمنها إذا هلك بصدقه أو بتعذر أو بتقصير
منه "قال في المادة 951:

"الإيداع عقد به يجعل المالك لومن يقوم مقامه حفظ ماله إلى آخر ولا
يتم إلا بالقبض".

3- خصائص عقد الوديعة

يشتمل عقد الوديعة في إطار قانون الالتزامات والعقود المغربي
بمجموعة من الخصائص، أبرزها في نظرنا أنه عقد عيني، إذ زيادة
على تراضي طرفيه وتوافقهما على إنشاءه وكذا على مآثر العناصر
التي يعتبر أنها جوهرية فيه، لا بد لاتخاذ من تسليم الشيء إلى المودع
عنده عملا بالفصل 787 الذي يعيد بأنه:

"تتم الوديعة برضى المتعاقدين وتسليم الشيء المودع،
بحصول التسليم بمجرد التزامي إذا كان الشيء موجودا من قبل بصفة
أخرى بيد المودع عنده".

وعقد الوديعة يشبه الوكالة من جهة أنه في الأصل من عقود
التبرع- ونقصد عقود التفضل لا الهبة- إلا أن المودع عنده يستحق
أجرا، إذا كان قد تشترطه صراحة، أو إذا ظهر من ظروف العمل
وعرف المكان أن المتعاقدين قصد حثا مئة أجرا مبنيا، وتكون
هذه قريضة قانونية متى كان من علمته تسلم الوثائق بأجر ⁴¹⁵ إذ حينها

415- فيما لم يصر عليه الفصل 790 من ق.ل.ج.

تتدرج الوديعة ضمن عقود المعارضة؛ كما تكرر من العقود الملزمة لجانب واحد، طالما أنها غير مأجورة، وبالتالي لا تقع على عاتق المودع أي التزامات، على عكس المودع عنده، الذي يجب عليه أن يلتزم بحفظ الشيء المودع وibrده بعينه وهذا يعني أنها عقد غير لازم بالنسبة للطرف الأول، خاصة وأنه يحق له أن يطلب في أي وقت رد الشيء المودع ولو كان الاتفاق قد حدد أجلا معينا لرده، ما لم يكن الأجل مقررًا لمصلحة المودع عنده⁴¹⁶، أما إذا كانت مأجورة، فإنه يدفع لهذا الأخير، الأجر المتفق عليه، ومصرفات الحفظ والتفويض عند الاقتضاء⁴¹⁷.

وما دامت شخصية المودع عنده محل اعتبار سلمي في التعاقد خاصة وأنه المؤمن على أشياء المودع، فإنه يمكننا القول إن الوديعة عقد يرتكز على الاعتبار الشخصي، وعلى من بين المقتضيات التي تبرز ذلك، أنه لا يحق للمودع عنده أن يبيع عنه غيره في القيام بالتزلمه في حقل الوديعة، إلا في حالة الإذن الصريح الممنوح له من قبل المودع، أو في حالة للضرورة لعاجلة، وأن العقد ينقضي بوفاته هو وليس بوفاة المودع⁴¹⁸.

ثانيا: تمييز عقد الوديعة عن بعض العقود المشابهة

على الرغم من التقاء عقد الوديعة مع مجموعة من العقود في العديد من النواحي، إلا أنه يستقل بخصوصيات تجعله يتميز عنها، كما هو الأمر بالنسبة للعارية والحراسة:

416- الشيء الذي ورد ذكره في الفقرة 2 من الفصل 794 من نفس القانون

417- حسبها يتضح من الفصل 814 منه.

418- انظر الفقرة 1 من الفصل 792 والفصل 800 منه.

1- تمييز عقد الوديعة عن عقد العارية

يتفق عقد الوديعة مع عقد العارية في أن كلا منهما ينصوي تحت صنف العقود العينية التي مناطها تسليم أحد الأشخاص شيئاً للشيء الغير، بيد أنه يختلف عنه في أن المودع كفائدة عامة يتسلم الشيء لحفظه دون أن يستعمله⁴¹⁹ مما يجعل من الالتزام بالحفظ جوهر العقد وغرضه الرئيسي.

أما في عقد عارية الاستعمال، الذي من لسمه أن يكون على وجه التبرع، فإن المستعير يتسلم شيئاً منقولاً أو عقارياً لكي يستعمله خلال أجل معين أو في غرض محدد على أن يردّه بعينه، ويمكنه أن يستعمله بنفسه أو بغيره بدور واحد من الغير، ما لم تكن العارية قد تمت بالنظر إلى شخص المستعير أو لغرض محدد بالذات، كذلك إذا اتفق على أجل معين برد الشيء، فإن المستعير لا يجبر على هذا الرد قبل انتهاء الأجل المذكور.

وذلك على عكس عقد عارية الاستهلاك أو القرض، الذي بمقتضاه يسلم أحد الطرفين للآخر أشياء مما يستهلك بالاستعمال أو

419- وفي هذا الصدد، ينص المشرع في الفصل 793 على أنه:

"إذا استعمل المودع عده الوديعة أو تصرف فيها وذلك بدون إذن من المودع كما في أعارها، أو كما إذا كلفت الوديعة دابة مركبتها، فإنه يضمن هلاكها أو تغييبها ولو حصل نتيجة قوة قاهرة أو حدث فجائي. وهو يضمن أيضاً القوة القاهرة والحادث الفجائي، إذا تجر في الشيء المودع. ولكنه يمتنع حينئذ الرجوع للذي استخلصه من هذا الشيء. وإذا لم يستعمل المودع عده أو لم يتصرف إلا في جزء من الوديعة، فلا يسأل إلا عن هذا الجزء."

وينبغي ملاحظة المخالفة إلى القول بأنه يمكن للمودع عده استعمال الشيء المودع شريطة أن يمس له المودع بذلك، كذلك إذا سلم المودع للمودع عده نقوداً أو أوراقاً بنكية أو غيرها من السندات التي تؤدي وظيفة النقود على مبدل الوديعة المستوحدة من غير أن يضعها في ظرف مغلق أو ما شابهه، فنقترض أن المودع لأن المودع عده في استعمال الوديعة ما لم يرق الدليل على عكس ذلك، وفي هذه الحالة يضمن المودع عده هلاكها

أشياء منقولة أخرى لاستعمالها بشرط أن يرد المستعير ضد انقضاء الأجل المتفق عليه، أشياء أخرى مثلها في المقدر والنوع والصفة، أو يرد على الأشياء المنقولة كالحیوانات والملابس والأثاث، والأشياء التي تستهلك بالاستعمال كالأطعمة والنقود، ويقل ملكيتها إلى المقرض ابتداء من الوقت الذي يدرم فيه العقد بتراضي طرفيه ولو قبل التسليم ولا يجوز إلزام هذا الأخير على الرد قبل حلول الأجل المحدد بموجب العقد أو العرف، بل يسوغ له رد الأشياء المقرضة قبل ذلك، ما لم يتناف هذا مع مصلحة المقرض⁴²⁰.

2- تمييز عقد الوديعة عن الحراسة

لقد اعتبر المشرع المغربي الحراسة نوعاً من الوديعة وأخضعها لأحكام الوديعة الاحتياطية مع تفرد ببعض المقتضيات الخاصة بها:

فإذا كانت الوديعة عقد يبرم بالاتفاق فيما بين المودع والمودع عنه بحيث يسلم الأول شيئا بالضرورة شيئاً منقولاً، ليؤدي دوره الذي ينحصر في حفظ هذا الشيء ورده بعينه، ولها من حيث المبدأ عوثر مأجورة، وأنه يمكن للمودع عنه رده في أي وقت شاء إلا أنه يحسد أجل ذلك مع مراعاة مصلحة المودع، وأنه ينبغي أن يحصل الرد لهذا الأخير أو لمن تم الإيداع باسمه أو لمن عينه العقد لذلك؛ فإن الحراسة هي إيداع الشيء المتعارف عليه - سواء كان منقولاً أو عقالاً - بين يدي أحد من العور يتفق عليه الأطراف، أو يؤمر به من قبل المحكمة ولدي يجوز أن يقوم بمهامه في مقابل أجر.

تلك المهام التي يمكن إجمالها في أن الحرس يتولى حفظ الشيء وإدارته، باعتبار أن الحراسة وديعة مقترنة بتوكيل الحارس في إدارة المال الموضوع تحت الحراسة، على نحو يجعله يدر كل الثمار التي كان في إمكانه أن يدرها لكن، لا يحق له أن يقوم بأي عمل من أعمال

420- انظر للمصطلح من 830 إلى 840 ومن 856 إلى 866 من ق.ش.ع.

للقول، إلا ما كل منها ضرورياً بالنسبة لهذا الشيء^١،
يراد بشيء، يدل لمن يمينه المحصور أو المصاود، عند ذلك^٢،
للقاهرة والمحدث للجهلي إذا كان مباحلاً أو طراً هذا المصاود^٣،
بعينه أو حظه، أو يغفل أو يحط أو يحاط الشخص الذي يرسل عسفه،
ويصل عن كل حط يرتكب في الأرضه حتى كان حراً لفته بصره^٤،
وعلاوة على ذلك، قبل الحظر من يلزم بتقديم هملك دون غيره

كل ما تسلطه ولفته مروراً إليها بالمحجج التي تنبئه^٥، وإن كان^٦،
لخاصية المحرمة معرفة للتعب، جازاً للقاضي أو بكس^٧،
لا يبرأه^٨ بين الشيء المرهون وعدلة تقع المروسة على النش

والمسألة المحصم الذي يرد إليه الشيء^٩، ويجب أن يستطع للنسب^{١٠}،
هذه سائر المحرورات والضرورة والنفقة التي لفتها بحسن بينه
ويشرون بقرينة ركز الأجور المطلق عليها أو المصنوعة من قبل القاضي

هذا عن الأحكام العامة للمروسة كما تناولها المشرع بين نفس
كلون الأثر بعدت والنفوذ - فليكن الموصوع - أما في قنون المصاود
المعدية كالقول المسك - بل في المروسة القضائية تغير من أهم تعيينات
القضاء^{١١}، المتعلق بوضعها لبراءة، تحطياً مستعجلاً - براءة حالية من
مشرع عليه - لا يتم للجوء إليه لا بقرار شروط، أهمها أن يكون
عند نزاع حتى بين المالكين أو المحالين للشيء^{١٢}، ول يقل هذا الأخير
لوضع نص للمروسة، ولي تكون المروسة الوسيطة للمروسة
للمسألة المتعلق حله

وحتى هذا الأسلوب، بل في المروسة ليست حراً المال ولا تحجز
على المالك، وإنما يبرأه المروسة الأولى من كون المحرور المصاود
بصفة موقعة، إذا فلا أثر لها على ملكية المالك ولا على أهلية بل كما
ثبت للقضاء في سنة حط^{١٣}، يبعد الحق، لكنه الآخر بالمروسة، ويغير

ويتطلب المشرع صراحة إجراء وقبول الوديعة التسوية على أهلية الالتزام، أي كمال الأهلية في طرفي الوديعة معاً، ومع ذلك يسمى التمييز بينهما، لا في بعض الحالات تكون الأهلية متوفرة لدى أحدهما دون الآخر.

فإذا كان المودع لديه دون المودع متمتع بأهلية الالتزام وقبل فوديعته تحمل سائر الالتزامات الناشئة عنها، أما إذا حصل العكس، فإنه يحق للمودع أن يقيم دعوى استرداد الشيء للمودع فيما لو كان موجوداً في يده، وإذا خرج منها لم يكن له سوى رفع الدعوى المذكورة في حدود ما علا على ناقص الأهلية من دفع طبقاً لقواعد الإنشاء بلا سبب.

وعلاقة بالموضوع، يذهب أحد رجال الفقه الفرنسي، إلى أن المودع - ولو كانت الوديعة مأجورة - إنما يقوم بعمل من أعمال الإدارة، ومن ثم تكفي فيه أهلية الإدارة كما هو الأمر مثلاً بالنسبة للصبي المميز المأثور له، حيث يمكنه إجراء الوديعة، على عكس الصبي المميز غير المأثور له، إذ لا تكون له الأهلية اللازمة لذلك وإلا كثرت الوديعة قليلة لا يظلم، أما المودع عنده، فيتطلب فيه أهلية التصرف، لأن الالتزام بالحفظ قد يجر عليه مسؤولية ثقيلة⁴²³.

2- المحل والسبب في عقد الوديعة

إن المحل في عقد الوديعة هو الشيء المودع الذي ينبغي أن يكون متولاً، وأن يمتثل في الشروط العامة في المحل عموماً، كذلك يجيز المشرع إيداع الأشياء العنقبة والسندات والأشهر والنقود والأوراق البنكية وغيرها من السندات التي تؤدي وظيفة النقود، على أساس أن ترد بعينها، وهذا الأمر لا يمكن أن يتصور في اعتقائنا إلا إذا لم يساند المودع للمودع علاء في استعمالها، بل إنه يرضى صراحة على إيداع

⁴²³ انظر في هذا السياق.

- عهد فريق لحد السبوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجزء السابع، المجلد الأول. العقود الواردة على المال، العقولة وفركلة والوديعة والحراسة طبعه سنة 2004، ص 655 وص 656.

للحق في جانب الموقوف في الحراسة، التي هي نوع من الوديعة وفي
كان هذا الأخير أخرج إلى الحفظ من الموقوف، هذا من جهة، من جهة
أخرى، فإن صحة الوديعة فيما بين طرفيها ليست رهينة بأن يكون
المودع مالكا للشيء المودع ولا حائرا له على وجه مشروع⁴²⁴.

ومن هذا المطلق، يمكن القول، إنه يجوز لنائب هذا الأخير وكذا
لمن به حق التصرف في الانتفاع بالشيء - كالمستأجر مثلا - أن يقوم
بإجراء الوديعة، وذلك بخلاف من لو أجراها من لا يملك الشيء لو من
ليس له التصرف في الانتفاع به أو من حازه بطريقة غير مشروعة حيث
لا تنفذ الوديعة في حق المالك.

لما السبب في الوديعة حسب النظرية التقليدية يتمثل في التسليم
لأن الوديعة عقد عيني، وهو طبق للنظرية الحديثة الداعية إلى
الاعتقاد.

وختام لهذه الفقرة، لا نقولنا الإشارة، إلى أن الأصل في الوديعة
أن تكون عقدا مدنيا، ما لم نكن تابعه لعمل من الأعمال التجارية، فعند
عقد عقدا تجاريا كما لو أودع تاجر بضائعه في مخزن عم، إذ يكون
العقد تجاريا من جانب كل من المودع والمودع عنده.

ثانيا، الآثار القانونية لعقد الوديعة

ينشئ عقد الوديعة آثارا قانونية تترتب في ذمة طرفيه أي
المودع عنده والمودع، تناولها المشرع في الفصول من 79 إلى 815 من
قانون الالتزامات والعقود، ورثاها أن نتطرق إليها تباعا على الشكل
التالي:

424- عملا بالفصل 786 من ق. ل. ع

1- التزامات الودع عنده

انطلاقاً من تعريف الوديعة بكونها عقد بمقتضاه يسهل شخص شيئاً منقولاً إلى شخص آخر يلتزم بحفظه وإرجاعه بعينه، يتضح جلياً أن المودع عنده يتحمل التزامين أحدهما يتعلق بحفظ الوديعة، والآخر بإرجاعها بعينها، أما التسليم فيعتبر في قانون الالتزامات والعقود المصري - وعلى خلاف لقانون المدني المصري - ركناً من أركان العقد، يتجسد في استيلاء المودع عنده على الشيء المودع به وصحة نص تصرفه من قبل المودع في الرمان والمكان المتفق عليهما.

أ- التزام الودع عنده بحفظ الشيء المودع

إن الالتزام الأساسي الملقى على عاتق المودع عنده في عقد الوديعة والغرض الجوهرى للمتعلقين من وراء إبرامه، هو حفظ الشيء المودع، باعتبار أن الوديعة تقع في مقامة عقود الحفظ والأمانة⁴²⁵ لذا، يجد المشرع قد كرس هذا المبدأ في إطار الفصل 791 بقوله:

425- ويجب ألا يوجب عن قبل، أن هناك أيضاً مقتضيات في القانون الجنائي ذات صلة بالموضوع ويتعلق الأمر بخيانة الأمانة، حيث ورد في الفصل 547 من الظهير الشريف رقم 159453 الصادر بتاريخ 26 نونبر 1962 بالمصادقة على مجموعة القوانين الجنائي كما تم تحيله وتقييمه - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 2640 مكرر - ما يلي:

"من احتسب أو يند بسوء نية، يسرق أو بالمصادرة أو يضع اليد أو الحافز، أمتعة أو نفوداً أو بضائع أو سندات أو وصولات أو أوراقاً من أي نوع تتضمن أو تتشبه استعمالها معرض معنى، بعد حقه للأمانة ويعاقب بالعقوبات من ستة أشهر إلى ثلاث سنوات وغرامة من مائتي إلى ألفي درهم. وإذا كرس المصدّر نتائج من الجريمة قبل القيمة، كانت عقوبة الحبس من شهر إلى سنتين والغرامة من مائتي إلى مائتي وخمسين درهماً مع عدم الإحالة بتقدير الظروف المشددة المقررة في الفصول 549 و 550"

وجاء في الفصل 550 من نفس القانون أنه

"على المودع عنده أن يهر على حفظ الوديعة بنفس العناية التي يبذلها في المحافظة على أموال نفسه مع استثناء ما هو مقرر في الفصل 708-

ويؤيد الفصل للمحال عليه بن:

"المودع عنده بضمن الهلاك أو للضرر الناتج من أي سبب كان يمكنه لتحرر منه:

فولا. عندما يأخذ عن حفظ الوديعة،

ثانيا: عندما يتسلم الودائع بحكم مهنة أو وظيفته."

ويستشف من ذلك، أن التزام المودع عنده بحفظ الشيء المودع هو التزام ببذل عناية، بحيث نبرأ عنه منه فيما لو بذل من العناية كل ما يبذله الشخص في المحافظة على أموال نفسه، ولو لم يتحقق فعلا الغرض المقصود، ما لم يقص العتق أو لاتفاق بعير ذلك.

وبتعبير آخر، فإنه في الوديعة بلا أجر، وهي كما لا يخفى الأصل في قانون الالتزامات والعقود⁴²⁶ يتعين على المودع عنده أن يبذل من العناية في حفظ الشيء ما يبذله في حفظ أموال نفسه بحسب دون أن يزيد على عنيته الشخصية، عناية الرجل المعتاد، أما إذا كانت ملحورة، فينبغي أن يبذل العناية لمفترضة في هذا الأخير.

ويتعلق الالتزام بحفظ الشيء المودع بالمودع عنده شخصيا، وبالتالي لا يحق له أن ينوب عنه غيره في القيام به، إلا إذا أذن له صراحة من قبل المودع، أو طرأت ضرورة عاجلة أجبرته على أن

"إذا ارتكب خيانة الأمانة أحد الأشخاص الذين يحصلون من جمهور على مبلغ أو قيم على سبيل الوديعة أو الوكالة أو الرهن، سواء بصفتهم الشخصية أو بصفتهم مندوبين أو مسميين أو عملاء لشركات أو مؤسسات تجارية وصناعية، فإن عقوبة الحبس المقررة في الفصل 547 ترفع إلى الضعف، كما يرفع الحد الأقصى للغرامة إلى مائة ألف درهم."

426- عملا بالفصل 790 منه.

يعهد بالشيء المودع إلا العير، وفي مثل هذا الوضع لا يمكنه أن يسد عنه مسؤولية تصرفه بدون إذن من المودع، إلا إذا أثبت أن الشيء المودع كان سيتعرض للهلاك لو بقي بين يديه، بل ويظل مسؤولاً حتى لو سمح له المودع بأن يبيع عنه غيره في حفظه إذا لم يحسن اختياره أو إذا أحسن اختياره بيد أنه أعطاه تعليمات كانت هي السبب في حصول الضرر، وفي هذه الحالة، تنشأ للمودع دعوى مباشرة في مواجهة نائب المودع عنده الأصلي، مع حفظ حقه في الرجوع على هذا الأخير من أجل جبر الضرر الذي أصابه والذي لا يمكن التعويض عنه إلا مرة واحدة كما هو معلوم⁴²⁷.

وينتفع عن التزام المودع عنده بحفظ الشيء المودع، التزم سلمي بعدم استعماله أو التصرف فيه، لأن العرض الجوهرى والرئيسي في عقد الوديعة هو حفظ الشيء المودع لا استعماله أو التصرف فيه سواء بصحة كلية أو جزئية، بيد أنه بهذا الالتزام، وجب عليه أن يضمن هلاك الشيء المودع أو تغيبه ولو بسبب قوة قاهرة أو حادث فجائي، وأن يضمن أيضاً القرة القاهرة والحادث الفجائي متى نتج فيه مع استحقاقه للربيع الذي عاد عليه منه.

ومن تجدر الإشارة إليه، أن غاية المشرع الفرنسي بواجب الأمانة في حفظ الوديعة وعدم استعمالها، حذت به إلى أن ينص في المادة 193 من قانونه المدني، على أنه لا يجوز للمودع عنده أن يكشف عن الوديعة لأعرف ما هي، إذا كانت قد سلمت إليه في صندوق مغلق أو

427 وإذا تعدد المودع عندهم، كانوا متضامين لهم بينهم في الحقوق والالتزامات الناشئة عن الوديعة وفقاً للقواعد المعمرة للركن، ما لم يوجد شرط يعصي بخلاف ذلك، أما إذا تعدد المودعون، فترم كل منهم تجاه المودع عنده بنسبة مصلحته في الوديعة ما لم يشترط غير ذلك.

في المادة 428 مذكور على عكس المشرع المغربي، الذي لم ينص من بعد المقتضى بنفس هذه الصياغة الصريحة والمباشرة، لكن يمكن استنتاجه من رتبنا من مفهوم المخالفة للفصل 783 من ق.ل.ع؛ إذ اعتبر توبيعه مفتوحة، الأشياء الموضوعة في ظرف -لو ما قبايه- غير منق، حيث يفترض أن المودع أدن للمودع عنده في استعماله.

ب- التزام المودع عند بوء الشيء للمودع

في عقد الوديعة كما نظمها المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود، يجب على المودع عنده أن يرد الشيء للمودع بعينه أي ذلك الشيء، وإذا التزم منه بقوة فاهرة وأخذ عوض عنه مضافاً من النقود مثلاً، يلتزم بردد ما أخذ⁴²⁹ وإذا فوته وورثه بحسن نية على سبيل المعاوضة لو التزم، كل للمودع أن يسترده من بين يدي المودع إليه، وأن يرجع بقيمته على الوارث المودع.

كذلك يلتزم بردد توابعه التي سمب به معه في الحالة التي هو عليها، وكذا الثمار التي أدرها خلال حيازته له.

ويقع رد الشيء عادة في مكان يرام للعقد، أو في أي مكان يتفق عليه الاطراف في العقد، إذ في هذه الحالة يلتزم للمودع عنده بردد الوديعة فيه على أن يتحمل المودع مصروفات نقلها وتسليمها إليها مراعاة للمودع عنده من تحمل عبئها إلى جانب تحمل عبء حفظ الشيء المودع، ما لم يتفق على خلاف ذلك، هذا التسليم الذي يكون إما شخصياً، نظراً لأن المودع هو الدائن بالرد -ولو ادعى أحد من الغير

428 - Article 1931 Il ne doit point chercher à connaître quelles sont les choses qui lui ont été déposées, si elle lui ont été confiées dans un coffre fermé ou sous une enveloppe chachetée

429- كما لو أمن على الشيء المودع عنده من الحريق، فاحترق وتلفى مبلغ التأمين، إذ يجب عليه أن يرد هذا المبلغ للمودع.

حقا عليه-430 لو لمن حصل الإيداع باسمه، أو عيه العقد لمنزل هذا العرض، دون أن يكون أي واحد من هؤلاء مضطرا لإثبات ملكيته للشيء المودع، بل يكفي أن يثبت هذا العقد.

كذلك، إذا طرأ تغيير على أهلية المودع وعلى حالته الشخصية بعد إجراء الوديعة، بأن يصبح ناقص الأهلية أو توفي، فإن الرد وقتئذ يكون لأبيه القنوصي أو لوارثه⁴³¹ وإن دل هذا على شيء، فإنما يستل على ضرورة تنفيذ المودع عنده لالتزامه برد الشيء المودع إلى المودع، غير أن هذا لا يعني أنه بإمكانه، ودون أن تضطره إلى ذلك مبررات مشروعة، أن يحبس هذا الأخير على استرداده قبل حلول الأجل المتفق عليه، لكن في المقابل يتعين عليه أن يردّه بمجرد أن يطلب من المودع ذلك ولو كان الاتفاق قد حدد أجلا معينا لرد الشيء المودع، وإلا اعتبر مماطلا وتحمل مسؤولية تأخره في القيام به.

هذا عن رد الوديعة المقترن بأجل معين، أما إذا لم يحدد له أجل، لمكن للمودع عنده أن يرد الشيء للمودع في أي وقت شاء، على أنس لى يكون مناسب للمودع عنده بحيث يسمح له باسترداده وديعته أو اتخاذ الإجراءات اللازمة حسب الأحوال، كما يجوز له أن يلجأ إلى بعض الوسائل القانونية المقررة ضمن القواعد العامة لضمان تنفيذ المودع لالتزاماته، لاسيما إذا كانت الوديعة مأجورة، كالنفع بعدم التنفيذ لأن هناك التزامات متقابلة هي دمة الطرفين، وحق حبس المال، غير أنه

430- لكن قد يتم إيداع الشيء بمثل الامتلاك لصالح من يستحقه قانونيا عند نشوء نزاع بشأنه ككل يحبس أو يرفع بشكك دعوى الاستحقاق - واستمر إلى ما بعد حلول أجل رده.

431- وعند تعدد الورثة يرد الشيء المودع بمقدار نصيب كل واحد منهم فيما لو كان هذا الأخير قبلًا للتجربة، والأوجب على هؤلاء الاتفاق فيما بينهم على تسمة، وبما لم يحصل هذا الاتفاق لمكن للمودع عنده أن يرد دمة بإيداعه في الحس المخصص للامتلاك، بما تلقاها أو يلمس من المحكمة.

٧. يفي المودع عبده حين الوديعة إلا من أجل المصروفات الضرورية التي أنفقا في حفظها، وليس له حق حتمها صمنا لأي دين آخر⁴³².

وبنوره، لا ترا نمة المودع عبده إلا بعد تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد الوديعة، ومنها الالتزام برد الشيء المودع الذي يختلف عن الالتزام بالحفظ بكونه التزام بتحقيق نتيجة، بحيث يسأل عن عدم اتخاذ الاحتياطات اللازمة وعن ملاك الشيء أو تعيبه الحاصل بفعله أو إهماله. دون تلك الناتج عن فعل الطبيعة أو عن عيب في الشيء المودع نفسه، كما لا يسأل عن القوة القاهرة أو الحالت المفجتي إلا إذا تسببت بحطه أو خطأ الأشخاص الذين يسأ عنهم، أو كان مساطلا في رد الوديعة، حيث يلقى عليه عبء إثباتها -أي القوة القاهرة- أو وجود العيب في الشيء المودع متى تسلمه بحكم مهنته أو وظيفته، أو كانت الوديعة مأجورة.

2- التزامات المودع

لأن كان الأصل في الوديعة أنها غير مأجورة، وأن الالتزامات المترتبة عنها تقع في نمة المودع عبده، فإن المشرع لم يحص إلا فصلين لالتزامات المودع- ويتعلق الأمر بالفصلين 814 و815 من قانون الالتزامات والعقود- والتي تتمثل في الالتزام بدفع الأجر عند الاقتضاء والمصروفات التي أنفقا المودع عبده في حفظ الوديعة والتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الوديعة.

فقد يتفق المودع والمودع عبده على أجر صراحة أو ضمنا وفي هذه الحالة الأخيرة يستخلص من حرفة المودع عبده، وإذا لم يتم تعيين مقداره فإنه يترك للعرف أو لتقدير المحكمة، حيث يجب أدؤه في الأجل والمكان المتفق عليه إما دفعة واحدة أو على أقساط في مواعد معينة وإذا انقضى عقد الوديعة قبل الأجر المحدد له، لم يستحق المودع عبده

432- انظر الفصلان 235 و 291 من ق.ل.ع.

الأجر المتفق عليه إلا بنسبة الوقت الذي بقي الشيء خلاله في حظه ما لم يتفق على غير ذلك⁴³³.

كما يرجع المودع عنده على المودع بمسائر المصروفات الضرورية الناشئة عن عقد الوديعة التي أنقضا في حفظ الشيء، أما المصروفات النافعة فلا يلتزم بدفعها إلا وفقا للأحكام المقررة للفصل.

وعلى المودع أن يعرض المودع عنده عن الأضرار التي لحقت به بسبب الوديعة، أي تلك التي يكون الشيء المودع قد سببها له لو لأضرار الناشئة عن حط المودع عنده أو عن إهماله كأن يكون المودع قد أحطره بصفة قانونية بها ولم يتخذ مع ذلك ما يجب من احتياطات تدونها.

الفقرة الثالثة: انقضاء عقد الوديعة

تنقضي الوديعة عموما بانتهاء الأجل ورجوع أحد المتعاقدين عنها قبل انتهاء أجلها ثم بوفاء المودع عنده.

وعليه، تنقضي الوديعة بانقضاء الأجل إذا اتفق المودع عنده والمودع صراحة أو ضمنا على أجل معين، وإلا وجب وصع حد لها بالجور إلى القضاء لتعيين أجل تنتهي فيه؛ كما يجوز للمودع أن يطلب رد الوديعة قبل طول الأجل، متى ما يحق للمودع عنده أن يرد الوديعة قبل انتهاء الأجل إذا كانت لديه أسباب مشروعة بتعذر عليه معها الاستمرار في حفظ الوديعة شريطة أن يتعلق الأمر بوديعة غير مجورة، وتنقضي الوديعة كذلك بوفاء المودع عنده مما لم يتفق على خلافه - دون المودع، حيث تكون الوديعة أملا في يده ورثته وجب عليه ردها مالم يكن لو لم يتوب عنه قانونا، أما إذا تصرعوا فيها بحسن نية على سبيل المعايضة أو للتبرع غدا منهم لها من عناصر الشركة كالمودع ستردها من بين يدي المفوت إليه ما لم يفصل الرجوع

⁴³³ - انظر الفصل 316 من ق.ل.ع.

الوسيلة في العقود الخاصة، العقود المالية والتجارية والبنكية

باعتها على الوارث المفقوت، وعند وفاة المودع، لا تُرد الوديعة إلا
لورثته أو لمن ينوب عنه قانوناً، وإذا تعدد الورثة، كان للمودع عند
التحيز بين أن يرفع الأمر إلى القاضي، أو أن يبرئ ثمنه من الوديعة
بمذاعها في المحل المخصص للأمانات تلفانياً أو بأمر من القاضي.

المطلب الثاني عقد الوكالة

تعرف الوكالة شيوعاً كبيراً في العمل اعتباراً للوظيفة التي تؤديها، إذ تشكل وسيلة لمدد عدم كفاية المرء لتبدير بعض الأمور بمسار لعدم خبرته بصرفات معينة، أو أحياناً لاضطراره إلى توكيل غيره في مباشرة شؤره نيابة عنه؛ وتصلق على الوكالة من هذا المصطلح، مقوله "إن ما لا يستطيع المرء القيام به بنفسه يبطه بغيره".

وهكذا، فإن مناط الوكالة أن يجري الوكيل بحساب الموكل عملاً مشروعاً، مع انصراف أثره إلى دمة هذا الأخير، على أنه ليس من الضروري أن تكون الوكالة على هذا النحو، أي بيانية، وإنما يمكن أن تكون غير كذلك، إذ عمل الوكيل باسمه الشخصي، نكن في تلك الحالات بعمل الوكيل لحساب الموكل.

ومن هذا المصطلح، يمكن التمييز بين الوكالة والنيابة، فالأولى عقد، أما الثانية فهي سلطة قانونية لتمثيل شخص معين في إجراء تصرف ما وتستند مصدرها من عقد الوكالة.

هذا وقد نظم المشرع المغربي الوكالة كأحد العقود المدنية في الفصول من 879 إلى 942 من قانون الالتزامات والعقود، وتناول في الفصول من 943 إلى 958 لعضالة بوصفها نموذجاً لأشباه العقود للمنزلة ملوكه للوكالة، فوجه أن يشتر المصولي باختياره أو بحكم الضرورة شؤون أحد من الغير في غيابه أو بدون علمه أو ترخيص منه أو من العضاء في تلك، حيث تقوم في هذه الحالة علاقة قانونية معاكسة لتلك الناشئة من الوكالة، ويصحح للأحكام الواردة في الفصول من 944 إلى 958 من نفس القانون

وهي من ثم تتدرج في "منظومة الوكالات" على حد تعبير وتتشكل الأرسية الأساسية والإطار العام لها، وتتصلب إليها كل من

وكالة النعاصي، التي حصها المشرع بمقتضيات في إطار قانون المسطرة المدنية⁴³⁴ والوكالة التجارية والوكالة بالعمولة كعقدين تجاريين لوردهما المشرع في الكتاب الرابع من مدونة التجارة، علما أنه بالنسبة لهذه الأخيرة - للوكالة بالعمولة - أحال صراحة على تطبيق المقتضيات المتعلقة بالوكالة الوارثة في قانون الالتزامات والعقود، زيادة على تلك الخاصة بها المقررة في مدونة التجارة⁴³⁵ كما أحال أكثر من مرة فيما يتعلق بالحراسة على هذه المقتضيات⁴³⁶ وكذا الوكالة في الزواج التي تُرد لها مقتضيات بين نقتي مدونة الأسرة⁴³⁷.

434- حيث لا تنحصر الصفة لممارسة الدعوى في صاحب الحق وحده، بل لوكيله ليس الصفة لتمثيله أمام القضاء، سواء كان ذلك مستندا إلى نيابة قانونية أو صفة أو اتفاقية، مع مراعاة الحالات التي يتطلب فيها القانون ضرورة مثلث المعنى بالأمر شخصيا بين يدي العدالة، وكذا الصلاحيات الممولة للنايب والتي يتكفل في رسم حدودها بما للقانون أو القضاء أو الاتفاق.

كذلك لم يمت المشرع أن يبين في إطار قانون المسطرة المدنية - لاسيما في الفصول من 33 إلى 35 منه - حكم الأشخاص الذين لا يتمتعون بحق تمثيل الأطراف أمام القضاء، ولولئك الذين لا تصح وكيلتهم، ذهبيا بالنسبة للمدة الأولى التي أنه لا يجوز لمن لا يتمتع بحق تمثيل الغير أمام القضاء، أن يسوب عنه إلا بشروط منها وجود علاقة رواج أو قرابة أو مصاهرة تربطه به، وبذلك يثبت بمقتضى رسمي أو عرفي مصداق على صحة توقيعه بصفة قانونية، أو بتصريح شعري يثبته الملمر شخصيا أمام المحكمة ومزكدا بالنسبة للثانية، أنه لا تصح الوكالة من المحروم من حق أداء الشهادة أمام القضاء، والوكيل المحروم من تمثيل الأطراف من جراء جزاء تلبيسي، والحوال والموقوفون المعزولون وغيرهم.

435- انظر الفقرة 2 من المادة 422 من مدونة التجارة.

436- انظر الفصول 826 و 827 من ق.ل.ع.

437- لقد أخرج المشرع المقتضيات المنطقية بالوكالة في يرم عقد الزواج، في معرض حديثه عن يرم عقد الزواج عموما، ويبرم عقود رواج لمطربة القيس في الخارج على وجه الخصوص، وذلك في المواد من 14 إلى 18 من مدونة الأسرة، التي يستتبع منها أنه يمكن التوكيل على يرم عقد الزواج بين من قلبي الأسرة المكلف بالزواج بالشروط الإيجابية.

1- وجود ظروف خاصة لا يكتفى معها للموكل في يلوم بإبرام عقد الزواج بنفسه

الفقرة الأولى، ماهية الوكالة وأنواعها

سعمل من خلال هذه الفقرة على إعطاء فكرة عامة عن الوكالة منطلقين من تعريفها وإبراز خصائصها، وتبيان أنواعها، وذلك بناءً على الشكل التالي:

أولاً تعريف وخصائص عقد الوكالة

1- تعريف عقد الوكالة

للوكالة حسب الفصل 879 من قانون الالتزامات والعقود، "عقد بمقتضاه يوكل شخص شخصاً آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه. ويسمى إعطاء الوكالة أيضاً لمصلحة الموكل والوكيل أو لمصلحة الموكل وغيره، بل ولمصلحة الغير وحده".

وهي تبعا للمادة 699 من القانون المدني المصري: "عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل" كما أنها وفق المادة 927 من القانون المدني العراقي: "عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرفه جائز معلوم".

2 تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عريضة مصدق على توقيع الموكل فيها

3- أن يكون الوكيل راشد ممتعا بكامل أهلية المدنية، وفي حالة توكيله من الولي وجب أن يدور فيه شروط ولاية

4- أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته والمعلومات المتعلقة به، وكل المعلومات التي يرى متينة في ذكرها

5- أن يتكسر الوكالة قدر المصالح وعند الاقتضاء المصلحة منه والمزاج، والموكل أن يحدد الشروط التي يريد إخراجها في العقد وذلك التي يقرها من الطرفين الأخرى

6- أن يثبت القاضي المذكور على وكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة، غير أنه ليس له أن يقول بنفسه تزويج من له ولاية عليه من نفسه ولا من أصوله أو دعوته.

ومما يلحق النظر في هذا التعريف أن المشرع، يستعمل عبارة العمل المشروع للدلالة على التصرف القانوني الذي يشكل عادة محل عقد الوكالة، والمع ضمما إلى مجانيته غير عدم ذكره للأجر

2- خصائص عقد الوكالة

الأصل في وكالة أنها عقد رضائي يتم بتوافق إرادتي الموكل والوكيل وتراضيهما صراحة أو ضمنا، باستثناء الحالات التي يطلب فيها المشرع قبولا صريحا أو شكلا خاصا، إذ يتوقف عندئذ العقد على استيفاء هذا الأخير، وأنها بلا أجر اللهم إلا كلف الوكيل بالقيام بعمل هو من صميم حرفته أو مهنته، أو أجريت بين التجار فيما يخص المعاملات التجارية، أو استقر العرف على إعطاء أجر عن الأعمال محل الوكالة، حيث لا تقتصر مجانيته، وأنها عقد قد يكون ملزما للجانين أو لجانب واحد تبعاً لما إذا كانت مأجورة أو غير مأجورة ولم يتفق الوكيل مصروفات ولم يلحقه ضرر من جرائمه يستحق عنه التعويض.

ومثل عقد الوكالة مثل الوديعة والحراسة، هو عقد يرد على العمل، ويرتكز على الاعتبار الشخصي وما يترتب عليه من نتائج كالتقصاته بوفاء الموكل والوكيل، هذا فضلا عن أنه يدخل في عدد العقود غير اللازمة، الشيء الذي يفرض جواز عزل الموكل للوكيل وتنازل هذا الأخير عن الوكالة قبل إتمام التصرف القانوني محل الوكالة بل وقبل البدء فيه.

ولا تحظى أهمية هذه الخصائص الأساسية في عقد الوكالة، إذ من شأنها أن تسمح بتمييزه عن العقود المشابهة له، من ذلك مثلا العضالة التي تتميز بكون رب العمل لم يختار العضوي ولم يعهد إليه بالقيام بالعمل، إلا أنه إذا قرر رب العمل صراحة أو دلالة ما قلم به العضوي من عمل، خضعت الحقوق والالتزامات الناشئة بين الطرفين لأحكام الوكالة ابتداء من مباشرته، وابتداء من وقت حصوله بالنسبة للغير

والردية التي هي على عيني مظهره انشاء منظرة بدوم المردع بغيره
بخطها وردا بغيره؛ والخبر له الذي حصل المشرع في بغيره
المعصية لخاصة بها على الركاه حيث تغير الحار من المفسر في
حكم الركاه وجماله المردية عن كل خط بغيره في ليرة الفقه
المردع تحت ليرة بغيره كما غير المردع عند تعدد منسطين
بغيره الليرة في حالات مظهره كالكركاه في عند الركاه والمردع، لأن
كلا مظهره في على العمل، لا أنهما يحتل في عند بغيره من نفسه في
العمل في الأول بغيره عار في تصوف قلوبه يقوم به الركاه بغيره
ليرة مظهره ويتغير بغيره المردع أو الركاه، في حصول في العمل في
المردع عمل مظهره بغيره المردع في مظهره لا ينتهي بغيره في
العمل في المردع إلا بغيره كغيره مظهره مظهره في العمل

الرسالة في الفقه المفسر

الرسالة في الفقه المفسر في الفقه الذي يكون مظهره
والمفسر في مظهره المردع كركاه في مظهره بغيره المردع
في ركاه مظهره وأليرة مظهره

الرسالة في الفقه المفسر في الفقه الذي يكون مظهره
فيها مظهره لا كركاه مظهره أي مظهره في بغيره المردع
بغيره مظهره، غير أنها تشمل أيضا بغيره المردع في الفقه
والفقه المظهر المردع في الفقه.

وفي مظهر في المظهر مظهر، حتى ولو لم يتم تحديد المظهر الذي
يقع عليه المظهر، لتكون عند مظهر في بغيره المظهر وعلمه في

محلله 438 على عكس الأمر في استمرعات، إذ لا بد أن تكون الوكالة
محصلة في نوع التصرف ومحلله 439.

وتعتبر وكالة خاصة في منطوق الفصل 892 من قانون الالتزامات
والعقود وتخضع لأحكامه، وكالة استقصي، ومن ثم فإنها لا تحول
للوكيل سوى صلاحية التصرف بالنسبة للأعمال التي تعينها، ولا يمكن
أن تشمل قبض الدين أو الاعتراف به أو إجراء الإقرار أو الصبح، ما
لم يصرح الموكل بمنحها للوكيل.

أما الوكالة العامة، فيراد بها للوكالة التي ترد في العاقل علمة لا
يظهر منها تعيين الموكل بمحل التصرف القانوني المعهود به للوكيل
ولا نوعه، لأنها تمنح الوكيل صلاحيات عامة غير مقيدة في عمل
معين، وذلك من أجل إدارة كل مصالح الموكل وفقا لطبيعة المعاملة
وعرف التجارة، وتجهيز له على وجه الخصوص دفع ديونه وقبض ما
هو مستحق له، واتخاذ الإجراءات التحفظية ورفع دعوى الحيازة
والدعوى على المدينين وكذلك التعاقد الذي تنشأ عنه التزامات يتحملها
الموكل، لكن كل ذلك في الحدود التي يتطلبها تنفيذ الأعمال المكلف
بإنجازها.

ولجدير بالذكر، أنه في الوكالة العامة تكون للوكيل صلاحية القيام
بجميع أعمال الإدارة، لكن بائن صريح من الموكل يجوز له إجراء
لتصرفات المخصوص عليها في الفصل 894 وتتأمل في توجيه الوكيل
لخاصة، وإجرو لإقرار الفصل، والدفاع في جوهر الدعوى لسم
للقضاء، وقبول التحكيم وإجراء الصلح، والإبراء من الدين وتغيب
عقار أو حق عاري وإنشاء الرهن الحيازي أو الرسمي وشطبه أو
للتنازل عن ضمان ما لم يكن ذلك في مقابل الوفاء بالدين وإجرو.

- 438 - كل يحدد الموكل للوكيل بالتبيع بوجه عام، حيث تكون له الصفة في بيع أي
مال للموكل لكن لا يجوز له أن يجري أي تصرف آخر غير البيع.
439 - لا يكفي أن يوكل شخص غيره في البيع مثلا أن يبيع أي عين المال الذي
وكله في بيته.

لغيرهات وشراء أو توفيت الأصل التجاري أو تصميته ⁴⁴⁰ والسفاد على إنشاء شركة أو شياح ما عدا الحالات التي يستثنيها القانون صراحة

المقرة الثانية إبرام عقد الوكالة

يقوم عقد الوكالة على نفس الأركان اللازمة لسي العقود كما لورده المشرع في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود بالإضافة إلى الشكل متى كان التصرف محله هو تصرف شكلي، على خلاف الأصل ألا وهو الرضائية.

والوكالة تعطى عدة لمصلحة الموكل، لكن يسوغ إعطاؤها أيضا لمصلحة كل من الموكل والوكيل ⁴⁴¹ أو لمصلحة الموكل والغير ⁴⁴² بس لمصلحة الغير وحده ⁴⁴³.

أولا: الرضى والأهلية في عقد الوكالة

يجب لانعقاد الوكالة توافق يجب وقبول طرفيها وتراضيها على ماهرة العقد وعلى التصرف أو التصرفات القانونية المطلوب إجراؤها وكذا على أجر الوكيل متى كانت الوكالة مسأجرة ⁴⁴⁴ والتعبير عن إرادتهما إما صريحة أو ضمنا ⁴⁴⁵ وقبل الشروع في تنفيذ التصرف القانوني المنوط بالوكيل.

⁴⁴⁰ كما لو وكل شخص ذاته في بيع مل له ليقطع حقه من ثمنه.

⁴⁴¹ كما لو وكل شخص شخصا آخر في بيع مل له ليقطع من ثمنه ديناً في ذمته للغير.

⁴⁴² ويحقق ذلك في الحالة التي يقوم فيها بضرائ مثل إدارة عمل للغير ووكيل شخصاً آخر عنه في إدارته.

⁴⁴³ على أنه يجوز عدم الاتفاق على الأجر، ومع ذلك يفهم من الظروف وخاصة من مهنة الوكيل أن الوكالة مسأجرة.

⁴⁴⁴ لا يحصل إلا بصر الموكل عن رسمه، ويعتبر إليه أثر التصرف المسمى لجراه لوكيل كما في الوكالة الظاهرة.

هذا يكون رضى الموكل صريحا أو صمليا⁴⁴⁵ ما عدا في الحالات التي يتطلب فيها القانون شكلا خاصا، كما قد يكون قبول الوكيل صمليا بحيث يستنتج من تنهده لما وكل فيه، ما لم يفرض القانون استثناء قولا صريحا⁴⁴⁶.

هذا عن وجود الرضى، أما صحته فتفرض صدوره من ذي أهلية ومخو به من العيوب التي يمكن أن تنوبه، من غلط وتسليل وإكراه وعين.

فما كان منطبق الوكالة يقتضي أن يبصرف أثر العمل القانوني الذي يبرمه الوكيل إلى دمة الموكل مباشرة، وجب لصحتها أن يكون هذا الأخير وقت الوكالة متمتعا بالأهلية الكاملة اللازمة لأن يقوم بنفسه بالعمل محل الوكالة، أما الوكيل فتكفي فيه أهلية للتمييز فحسب، وهو ما عبر عنه المشرع المغربي في الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود قتل.

"لزم لصحة الوكالة، أن يكون الموكل أهلا لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلا لها، ولا تلزم بعض الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمتعا بالتمييز ويتواء العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء

445- وينص المولى الصملي إذا كانت صلة الموكل بالوكيل تسمح باستخلاص الوكالة الصملي من جانب الموكل، ومع ذلك ليس المشرع إلا أن يصر في الفصل 884 من قانون الالتزامات والعقود على أنه:

"لا يفرض في الحدم (عمل المنازل) أنهم موكلون في شراء الحاجيات الضرورية لمنازل مخدوميهم بالصف، ما لم يثبت أن من صلة المخدوم للشراء بالصف"

446- إذا حصل الإيجاب بالوكالة لشخص يمين القيام بالخدمات فتسببها اعتبر قابلا للإيجاب ما لم يخطر الموجب برضه فور تسببه، ووجب عليه رغم رفضه الإيجاب اتخاذ الإجراءات العاجلة لحماية مصالح الموجب على نقلة هذا الأخير إلى أن يتمكن من رعاية أمره بنفسه، وإن كان الأمر يتفق بسلع وكان في التأخير خطر عليها لزمه بعد إثبات مخالفتها العمل على بيعها بواسطة القضاء كذلك، إذا حصل له الإيجاب بواسطة رسالة أو برقية أو رسول، اعتبرت وكالة متقدمة من جهة في محل إقامته إذا قبل الإيجاب بدون شرط أو تحفظ

مكتفياً بهن للمبررات التي حركت المشروع وألغته في وضعه، هل
يسمح مع الواقع عليها ومطابقا ويتحقق معه لاعتبار أو ليس للمعاملات
كما يجب لصحة الوكالة أيضاً وفي من المبررات التي ترتكز على
الاعتبار الشخصي ل يكون فرضها منطقياً من العيوب، بحيث لو وقع
عقد من شخص لوكالة أو الموكل مثلاً لم تنفد الوكالة إكراهاً ليس له
أن يجب له، فإنها تكون قابلة للإبطال.

الابواب للعمل والتسليم في عقد الوكالة

في العمل في عقد الوكالة هو التصرف الفلاني الذي عهد
بإقراره إلى الوكيل، والذي ينبغي أن يستفيد شرط العقد، عموماً
وأيضاً فإنه يجب - وعملاً بهما - المحالة - للفصل 82، و83 من
نقود الإكراه - أن يكون التصرف الفلاني المذكور مسكناً
بأن كان مستحيلاً بعقد الوكالة لأن "أو فلا تم بسمها" وبما أن كل
مطلب منك لا أن يطبقه بل أن يقرره بالنية بشرط أن يكونه لصيقاً
بشخص صاحبه كلاً؛ ليس مثلاً⁴⁹، هو ما عر عنه للمجلس لأجل
سابقاً في أحد قراراته⁵⁰ بقوله:

"...المراد من شخصي يتحقق بالتصور الفلاني وهي بداية الفسخ لا
تتوزع فيها النية، وأجل ذلك، كل التمر "مطعون" به الذي ليس
على عبه استحقاق الفلانية بذكر حتى أسس فلان، ومثل بما فيه
الغاية".

49- في هذا الصدد يرجى التمسك 812 من قبل، ج. ط. ط.

"تعتبر الوكالة كأن لم تكن إلا كان مطعون مثلاً لا يجوز إقراره بتقرير الفسخ
كله لكونه "وهي نفس الصيغة التي منحها لكونه لوجبت وألغته الفسخ
في المادة 764 م"

50- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 27 أبريل 1994 في طعن الفسخ عدد
17346 في أكتوبر، بمطالبة الإرجاع، العدد 13 بمرجع 1094، ص 121

وتبطل كذلك إن لم يتم تعيين المحل تعيينا كافيا لغيره لأي جهة عن طريق تحديد نوعه إذا كان من عقود المعوضة، حيث ليس من الضروري تعيين محل للتصرف على وجه التخصيص، بعكس ما لو كان من عقود التبرع، إذ لا يكفي فقط ذكر نوعه، وإنما يجب أيضا تعيين محله، وهو ما عبر عنه المشرع بقوله في مطلع الفصل 681: "تبطل الوكالة".

أ- إذا كان محلها مستحيلا، أو مهما إبهاما فحشا" غير أنه إذا لم يكن في الإمكان تعيين المحل في عقد الوكالة، فعلى الأكل أن يكون قبلا للتعيين.

كما تبطل إذا كان محلها عملا مخالفا للنظام العام أو للأخلاق الحميدة أو للقوانين المدنية أو الدينية على حد تعبير المشرع المغربي في نفس الفصل المذكور سابقا⁴⁵¹ أي تنفي فيه صفة المشروعية التي جاء تأكيد صراحة في مستهل تعريف عقد الوكالة بكونه "عقد بمقتضاه يكلف شخص شخصا آخر بإجراء عمل مشروع لحسابه".

وبما أن الالتزام الباطل بقوة القانون لا يمكن أن ينتج أي أثر إلا مستردا ما دفع بغير حق تنفيذا له، فإنه ينبغي على ذلك، أنه إذا لم يتم تنفيذ الوكالة الباطلة، لا يصح للموكل المطالبة بتنفيذها ولا الوكيل باستحقاقه الأجر إن كانت مأجورة، ما لم يكن الموكل قد دفعه حيث يجوز له في هذه الحالة استرداده ما إذا نفذت فإنها تعتبر كأن لم تكن.

وعلى غرار المحل، فإنه يتطلب في السبب باعتباره الهدف المباشر الذي يقصد المتعاقد تحقيقه والذي من أجله تحمل بالالتزام، نفس

451- وتقبله من القوانين المطروحة المادة 773 من قانون الموجبات والمستردات المدني الذي جاء فيها أنه:
"تكون الوكالة باطلة:

أولاً: إذا كان موضوعها مستحيلا أو غير معين تعيينا كافيا.
ثانياً: إذا كان موضوعها إجراء أعمال مخالفة للنظام العام أو للأخلاق أو للقوانين".
-268-

نريد المسبب المنزلة في القواعد العامة، أي أن يكون موجودا وحقيقيا
ومشروعا تحت طائلة البطلان أيضا.

الفقرة الثالثة : الآثار القانونية لانعقاد الوكالة وأسباب انقضاءها

تنشئ الوكالة التزامات متقابلة في دمة طرفيها، لا يتعين على الوكيل تنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة لها، وتقديم حساب عنها للموكل، ورد ما قبضه لحساب هذا الأخير، كما يترجم للموكل بسداد الأجر إن كانت الوكالة مأجورة، ورد المصروفات التي أنفقاها الوكيل في سبيل تنفيذ الوكالة، إلى جانب تعويضه عن الضرر الذي لحقه بسبب تنفيذها. وما دامت الوكالة تصرفا قانونيا يعقده الوكيل مع الغير، فإنها تترتب أيضا آثارا بالنسبة لهذا الغير الذي تعاقد مع الوكيل.

وكأي عقد، فإنها تنفصلى لسبب من الأسباب التي حددها المشرع والتي يمكن تصنيفها إلى نوعين، نوع يدرج في إطار القواعد العامة وتنفصلى به العقود الأخرى، ونوع خاص بعقد الوكالة ذاتها.

أولا : الآثار القانونية لانعقاد الوكالة

يمكن دراسة هذه الآثار من خلال العلاقة فيما بين المتعاقدين أي الوكيل والموكل، من جهة، وفي مواجهة الغير من جهة أخرى، وذلك على النحو التالي:

1- آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين

في عقد الوكالة تتحدد صلاحيات الوكيل والتزاماته وكذا التزامات الموكل، والتي سنتناولها فيما يلي:

أ- التزامات الوكيل في عقد الوكالة

يمكن إجمال التزامات الوكيل بالنسبة عن عقد الوكالة، في وجوب تنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة بها، وتقديم حساب عنها، ثم ردها للموكل في يد الوكيل:

من حيث الالتزام بتنفيذ الوكالة في الحدود المرسومة لها، نص
 مشروع صراحة⁴⁵² على أنه يجب على الوكيل أن ينفذ بالصبط المهمة
 التي كلف بها، ولا يمتنع له أن يجري أي عمل يتجاوز أو يخرج عن
 حدود الوكالة، أي أنه يتعين على الوكيل في معرض قيامه بالتصرف
 القانوني الذي وكل فيه وما يرتبط به من أعمال مادية قد يتطلبها تنفيذه
 التمسك بمضمونه ونطاقه وكذا بكيفية تنفيذه، ولا يتعدى ذلك تحت طائلة
 عدم نفاذ التصرف المذكور في حق الموكل ما لم يقره، غير أن هذا لا
 يعني البتة منع الوكيل من أي مبادرة نافعة، بل على العكس يمكنه
 التعاقد بشروط أفضل مما ورد في الوكالة، وفي هذه الحالة يكون الفرق
 لفائدة الموكل⁴⁵³ وذهب أبعد من ذلك فأجر له التعاقد بشروط أقل متى
 كان الفرق قليل الضمان أو كان مما يتسامح فيه عادة⁴⁵⁴.

فالوكالة إذن، لا تعتبر إلا في الحدود المرسومة لها أصلاً، وفيما
 تجوز له الوكيل بعد فضلة متى توفرت شروطها، أو وكالة طاهرة إذ
 كان الغير الذي تعمل معه اعتقد عن حسن نية أنه يعمل في حدود
 الوكالة الممنوحة له من الموكل وقامت الشروط الأخرى لهذا النوع من
 الوكالة، وإلا توقف تصرف الوكيل على إقرار الموكل.

ومما تجدر الإشارة إليه، أن تنفيذ الوكيل للمهمة المكلف بها
 يتطلب منه أن يبذل عناية الرجل المتبصر، وإذا انتفت، كان مسؤولاً
 عن الضرر الذي يلحق الموكل على إثر ذلك، كما إذا لم ينفذ احتياطاً
 للتعليمات التي تلقاها منه، أو لم يتخذ ما يقتضيه العرف في المعاملات

⁴⁵²- في الفصل 895 من قانون الالتزامات والعقود.

⁴⁵³- وفي هذا الصدد ينص الفصل 896 من ق.ق.ع - الذي نقبله في قانون
 الموجبات والعقود اللبناني المادة 780 - على أنه:

"إذا أجر الوكيل القسمية التي كلف بها، بشروط الفصل مما هو منكر في الوكالة
 فإن الفرق يكون لفائدة الموكل".

⁴⁵⁴- عملاً بالفقرة الأخيرة من الفصل 927 من ق.ق.ع التي تنقلها المادة 806 من
 قانون الموجبات والعقود اللبناني.

لما إذا قامت لديه أسباب خطيرة لفعل ذلك، وجب عليه إخطار الموكل بها فوراً وانتظار تعليماته إن لم يكن في الانتظار خطر. هذا إذا كانت الوكالة غير مأجورة، وإذا كانت بأجر، أو أعطيت لمصلحة قاصر أو ناقص أهلية أو شخص معنوي، فإن العناية الواجبة وقتئذ هي عناية الرجل المعتاد.

وسواء كان الوكيل مأجوراً أو غير مأجور - يمتصلاً بشرعه - وجب عليه أن يعمل بمراعاة مصلحة الموكل وإجراء ما يلزم للمحافظة على حقوقه، إلا أنه في الحالة الأولى - أي عندما يكون مأجوراً أو تدخل الوكالة في مهنته أو وظيفته - يتطلب تنفيذ الوكالة عناية للرجل المعتاد، وفي الحالة الثانية يقتضي بدل عانيته لأمر نفسه.

وقد يحصل أن يعين الموكل عقد واحد ومن أجل نفس التصرف القانوني عدة وكلاء، إذ تكون هذه طريقة قانونية على رغبته في لا يعمل إلا مجتمعين، ما لم يؤذن لهم صراحة بالعمل منفردين، حيث لا يجوز لأي منهم أن يجري العمل وحده ولو استحال على الطرف الآخر المشاركة معه في ذلك، ويستثنى مما تقدم، أن تكون الوكالة بين التجار فيما يخص عملهم التجاري، أو متعلقة بالدفع أمام القضاء، أو برد الوديعة، أو دفع دين غير متنازع فيه مستحق الأداء، أو بغير ذلك من الأعمال التي لا تحتاج بطبيعتها إلى العمل على الوجه المبالغ المتكرر لانعدام الحكمة من وجوب اجتماع الوكلاء.

وختلاف لما سبق، فإنه يمكن لأي واحد من الوكلاء أن يستقل بإجراء العمل المكلف به فيما لو تم تعيينهم بموجب عقود منفردة⁴⁵⁵.

والجدير بالملاحظة، أن تعدد الوكلاء وتكليفهم بالتفصيل بتصريف قانوني لحساب الموكل، لا يعني أنهم متضامون في التزاماتهم نحوه لأن هذه الأخيرة ناشئة عن عقد الوكالة، وكما هو معلوم فإن التضامن في الالتزامات العقدية لا يفترض، ومع ذلك فإنه بقسوم بينهم حسب

455- راجع الفصول 898 و 899 من ق.د.ج.

الوسيلة في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية

- نصت 9، 2 من قانون الالتزامات والعقود - غير أنهم لا يسألون عن تجاوز لحدود الوكالة أو إساءة مياثرتها - في الحالات الآتية:
- إذا حدث الضرر للموكل بتقليصهم أو بخطئهم المشترك وتغذر تحديد نصيب كل منهم في وقوعه؛
 - إذا كانت الوكالة غير قابلة للتجزئة؛
 - إذا أعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة ما لم يشترط غير ذلك.

وبما أن عقد الوكالة يرتكز على الاعتبار الشخصي، فإنه لا يسوغ للوكيل تبع ذلك أن يسبب عنه غيره في تفيد الوكالة، بل يجب أن يحول هذه الصلاحية صراحة من طرف الموكل، أو تستتج من طبيعة التصرف ذاته أو من ظروف الحال⁴⁵⁴ ولا يطبق هذا المقتضى على الوكيل في إطار الوكالة العامة، حيث يحظى بإمكانية توكيل أحد من الغير تحت يده.

وفيما يخص مسؤولية الوكيل عن نائبه، يمكن القول إن الوكيل الذي ليست له صلاحية توكيل غيره في تفيد الوكالة، يسأل عن تحت يده، أما إذا رخص له في ذلك دون تعيين هذا الأخير، فإنه لا يكون مسؤولاً إلا إذا إساء اختباره أو حتى إذا أحسن اختياره غير أنه أعطاه تعليمات كانت هي السبب في حدوث الضرر، أو لم يراقبه والحال أن مراقبته له صبرورية؛ أما في علاقة نائب الوكيل بالموكل، فتكون الأول نفس حقوق الوكيل ويلتزم تجاه الموكل مباشرة في نفس الحدود التي يلتزم فيها الوكيل، هذا الأخير الذي تبقى علاقته بالموكل محكمة بغض الوكالة الأصلي، كما يكون تجاهه مسؤولاً عن نائبه.

454- وهذه نتيجة طبيعية لما يعرف به قانون من أن الوكيل يستطيع - ما لم يمنع من ذلك صراحة - أن ينقل سلطته في العمل لحساب الموكل إلى شخص آخر فيصبح النائب بدوره وكيلاً عن الموكل.

255-

ورد ذكر فوكيز يلتزم بموجب عقد الوكالة بموافقة الموكل - الله
تعد فوكيز - بالمعلومات الضرورية التي يتسنى له من خلالها أن
يفهم أمر سير التنفيذ، فإنه يلتزم أيضا من يعلمه بكل الظروف التي قد
تقع له في أثناء الوكالة أو تعديلها

وبمجرد انتهاء مهمته، يتعين عليه إخطار الموكل بذلك على نحو
يسير معه لطريقة التي أقرت بها هذه الأخيرة، وكل تأخر في الرد
كثير مما تقتضيه طبيعة الخدمة أو ما يجري به العرف، يحمل على أنه
يقرر من الموكل بما دلت به الوكالة ولو كان قد تجاوز حدود وكالة.

وزيادة على ذلك، يجب عليه أن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة
وكالة أو حملته، وأن يقدم حسابا مفصلا لجميع أعمالها - بين هذه
كل ما لفه وما قبضه - مؤيدا بالمستندات ومدعما بالأدلة وفقا للعرف
وطبيعة المعاملة، وذلك حتى يتمكن الموكل من أن يمتثل من سلامة
تصرفات الوكيل غير أنه يعفى من تقديمه في حالات معينة كما لو كان
الوكيل ينوب عن أحد تربطه به علاقة زواج أو قرابة أو نحو ذلك.

وبمجرد انتهاء الوكالة، يرد الوكيل للموكل أيضا ما في يده من
أوراق ومستندات تتعلق بالوكالة بما فيها رسم الوكالة أو أن يودعه في
المحكمة وإذا لم يطلبه الموكل، تحمل للتعبير تجاه الغير حسن
نية⁴⁵⁷.

ب- التزامات الموكل في عقد الوكالة، وضمائم تنفيذها

الأصل في الوكالة في التشريع المغربي أن تكون بلا أجر، ما عدا
في بعض الحالات الاستثنائية كما هو كلف الوكيل بإجراء عمل داخل
حرفته أو مهنته، أو تعلقت الوكالة بالمعاملات التجارية التي يجريها
التجار، أو بأعمال يقضي العرف بدفع أجر عن القيام بها، كذلك قد يتفق

⁴⁵⁷ - أما إذا لم يرد ما يده من مال الموكل فنصده فيه ولسهله لصالحه، فإنه
يعد مرتكبا لجريمة التهديد في جانب مسؤوليته المدنية.

الوكيل والموكل إما صراحة أو ضمناً، على أن تكون للوكالة مساجرة لا مغلانة عندئذ على تعيين الأجر، وعد الخلاف بتدخل القاضي لتحديد مقداره وفق العرف المكار الذي نعت فيه الوكالة أو تبعاً للظروف المحيطة بها.

وحسبما يجري به العمل، فإن للوكيل يستحق لأجر على الجهد الذي يبذله، بعض النظر عن النتيجة التي حققها، نظراً لأن التزامه هو التزام بتقل عناية، ما لم يكن هناك خطأ يعزى إليه.

ومع ذلك، قد لا يستحق للوكيل الأجر المتفق عليه، لأسباب إذا انحوت العملية التي عهد بها إليه، قبل أن يشرع في تنفيذها، أو لم تنجز قط مع مراعاة العرف التجاري أو المحلي في هذه الحالة، غير أن القاضي تبعاً لسلطته التقديرية، يمكنه منح للوكيل تعويضاً، خصوصاً إذا كن المسبب في عدم إبرام العملية يعزى إلى الموكل أو إلى لقوة القاهرة⁴⁵⁸.

وعلاوة على التزام الموكل بنفع الأجر - كما بيانه أعلاه - يتعين عليه أن يصح رهن إشارة الوكيل ما يقتضيه تنفيذ الوكالة من نفود وغيرها، إلا إذا جرى العرف أو تم الاتفاق على خلاف ذلك، وأن يرد إليه ما اضطر إلى تسبيقه من ماله الخاص وإنفاقه من مصروفات لازمه في سبيل التنفيذ للمعتاد والمعتول للوكالة، وذلك كبما كان حظه من النجاح في القيام بما عهد إليه بموجب هذا العقد.

458- وفي هذا السياق، تنص المادة 794 من قانون المورجبات والعقود المدنية على

أنه: "لا يحق للوكيل الأجر المتفق عليه:

أولاً إذا سمته قوة القاهرة من الشروع في تنفيذ الوكالة،

ثانياً: إذا كانت القضية التي وكل بها قد انتهت قبل تمكنه من الشروع فيها،

ثالثاً: إذا لم يتم القضية التي من أجلها أعطيت الوكالة ويرجع في هذه الحالة

الأخيرة لعرف التجاري أو المحلي، على أنه يحق للتقاضي أن ينظر فيه، كإن يجب إعطاء الوكيل تعويضاً مراعاة لمقتضى الحال" وهي تشمل إلى حد ما الفصل

9.5 من قانون الالتزامات والعقود.

ويحل أبعد في هذا الإطار، تحليل الوكيل مما قد التزم به شخص نحو الغير لتحقيق هذا الغرض بالذات، كما أن ذلك من التزامات يتحملها الوكيل لأسباب لا علاقة لها بالكلية، خصائر ناتجة عن فعله أو خطئه، فلا يسأل عنها الموكل، وإنما تتحقق مسؤوليته ويستحق للوكيل التعويض إذا لحقه ضرر بسبب تنفيذ الوكيل لهذا معناه، دون تعيين بين ما إذا كانت مجورة أو غير مجورة.

هذا، ولضمن تنفيذ الموكل لالتزاماته وحماية لحقوق الوكيل وصنع المصراع بين يدي هذا الأخير بعض الآليات القانونية، منها حق حسن لمتعة الموكل المنقولة أو بضائعه التي في حيازته، وتصلح للموكلين عند تعذرهم في التزامهم تجاهه، إذا تم الاتفاق عليه، وإلا فإن كلا منهم يكون مسؤولاً بنسبة مصلحته في العملية⁴⁵⁹ ويقام مسؤولية الموكل بجاهه عن نتائج الوكالة حتى ولو فوض الوكالة لشخص أصر لهم إذا اشترط حلف ذلك وقبله الوكيل الأصلي.

2- آثار الوكالة في مواجهة الغير

من المعلوم، أن التصرف الذي يجريه الوكيل باسم الموكل مع الغير، يقوم على إرادته هو وينصرف أثره إلى الموكل وفقاً للقواعد المقررة للنسبة، الشيء الذي يقتضي أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلاً للوكالة، وأن يكون الوكيل قد قام به

⁴⁵⁹ - لأن التمسك بين المدنيين في المعاملات المدنية لا يهزم، وإنما ينبغي أن يندرج صراحة من السند المنشئ للالتزام أو من القانون أو أن يكون النتيجة الضمنية لمهمة الممثل، وذلك على عكس الالتزامات المتعاقدة عليها بين التجار لأغراض التجارة، حيث يقوم التمسك بقوة القانون، ما لم يصرح السند المنشئ للالتزام، أو القانون بعكس ذلك.

على وجه صحيح، وفي حدود الوكالة الممنوحة له، ليستج آثاره في حق الموكل ⁴⁶⁰

فصلها أن الوكيل يتعاقد بهذه الصفة مع الغير، فإنه لا يتحمل شخصيا أي التزام تجاهه، ولا يكون لهذا الأخير سوى الرجوع على الموكل لتفويض الوكالة ⁴⁶¹ اللهم إذا كانت الوكالة قد أعطيت له لمصلحة الغير أيضا، لو كان هذا التفويض يدخل بالضرورة في وكالته.

لكن في المقابل، يحق للغير من أجل التثبت من الوجود الفعلي للوكالة وتبين حدودها أن يطالبه بصفته وكيلًا، بإبرار رسم وكالته، أو عند الاقتضاء بتسليمه نسخة مصادق على مطابقتها للأصل منه على نفقته هو ⁴⁶².

هذا، إذا أجرى الوكيل التصرف القانوني باسم الموكل، غير أن الوضع يختلف فيما لو أبرمه باسمه الشخصي، إذ في هذه الحالة يكتسب الحقوق الناشئة عنه ويلتزم مباشرة تجاه الغير الذي تعاقد معه كما لو كانت الصفة لحسابه، ولو كان - أي الغير - يعلم أنه معبر اسمه وهو ما يطلق عليه "الاسم المصنعار".

وعقد التسخير أو الاسم المستعار، عقد بمقتضاه يعهد للموكل إلى الوكيل بإبرام تصرف قانوني معين، مشروطا عليه استعمال اسمه هو

وكيل مما عسى أن يكون
من بالذات، أما ما عدا
لحقه لها بالوكالة، لم
الموكل، وإنما تقتضي
ر بسبب تفويض الوكالة
غير مأجورة.

لحقوق الوكيل
ونبة، منها حق
سه، وتصلح
عليه، وإلا فإن
لم مسؤولية
حصن آخر

ل مع
اعد
ري
يه

⁴⁶⁰ - وفي هذا الصدد ينص الفصل 925 من قانون الالتزامات والعقود على أن "التصرفات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل، وفي حدود وكالته تنتج آثارها في حق الموكل فيما له وعليه كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه". ⁴⁶¹ - وهو ما عرفت عنه أيضا المادة 800 من قانون الموجبات والعقود اللبناني بقولها:

"الوكيل الذي يعمل بصفه وكيلًا ولا يتعدى حدود سلطته، لا يترب عليه موجب شخصي على الإطلاق للأشخاص الآخرين الذين عاقدتهم، ولا يجوز لهؤلاء أن يطالبوا غير الموكل".

⁴⁶² - انظر للفصول من 921 إلى 924 من قانون الالتزامات والعقود.

وعلم الإعلان عن شخصه للغير الذي يتعاقد معه⁴⁶³ فيكون بذلك الاسم المستعار طرف في هذا العقد تجاه الغير، وتتصرف إليه مسافر الأسرار المأجومة عنه، دون الإحلال للأثار التي يربتها عقد الوكالة في العلاقة ما بينه وبين الموكل.

وإذا كان الموكل يلتزم مباشرة بتنفيذ التعهدات المفوضة لحسابه من قبل الوكيل، فإن ذلك يكون على أساس أن هذا الأخير تفيد فيها بحدود الوكالة الممنوحة له، أما إذا تجاوزها، فإن التعهدات المذكورة لا تترحمه لا في الحالات الاستثنائية لانية؛ وهي إذ أقر ولو دلالة هذا التجاوز إذ يكون للإقرار أثرا رجعيا ويعتبر التصرف نافذا في حق الموكل من تاريخ إبرامه من طرف الوكيل لا من يوم الإقرار، لأن الإقرار اللاحق بعد بمثابة التوكيد السابق أو إذا استغلا منه، أو إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط الفصل مما تضمنته تعليمات الموكل، أو حتى إذا أبرم الوكيل التصرف بشروط أقصى مما تضمنته هذه الأخيرة ملام الفرق يسيرا أو كان مما يتسمح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد⁴⁶⁴.

كما يمكن أن تتصرف آثار التصرف الذي أجراه الوكيل إلى دمة الموكل، متى تعاد باسم هذا الأخير في غياب النيابة، بأن تجاوز حدود الوكالة، أو استمر في عمله بعد انتهائها، أو كانت باطلة، وتعمل معه للغير بحسن النية معتقدا أنه نائب عن أساس مظهر خارجي للوكالة صاعدا من الموكل، كان هو الدافع إلى اعتقاده بوجود وكالة⁴⁶⁵ إذ تنشأ

⁴⁶³ راجع الموكل عادة إلى تسليم الوكيل وقطعه لاسا مستعرا بموجب وكالة مستقر، لتعريف أمر من مختلفة منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع وفي هذه الحالة الأخيرة فإن التمسك يكون باطلا ويشمل البطلان عند الوكالة المستقر والتصرف الذي يشره الوكيل باسمه الشخصي تفيد، لعدم تركية والتصرف الذي تفق به الوكيل الحق إلى الموكل.

⁴⁶⁴ حسبما يلزم عليه الفصل 920 و 927 منه.

⁴⁶⁵ من ذلك مثلا أن تقضي الوكالة بعزل الوكيل ولا يظن للعزل عن عزله إعلانا كالمكان يكون لغير على بنية من الأمر

لم يزل هذا الوصف وكالة يطلق عليها "الوكالة الظاهرة" يترتب على قيامها ما يترتب على الوكالة الحقيقية فيما بين الموكل والغير حيث "الوكيل الظاهر" في تعامله مع الغير باسم الموكل باقيا عنه ويترتب آثار تصرفه إلى الموكل، أما في علاقته بهذا الأخير، فيبعض التمييز بين ما إذا كان حسن النية، وهنا لا يرجع عليه للموكل بالعرض، أو سيء النية، إذ يعتبر مرتكب لخطأ في حق الموكل ويتوجب مسؤوليته التقصيرية ويستحق عنه الموكل التعويض عن الضرر الذي لحقه على أثر تحمله لآثار المتمخضة عن التصرف الذي عقده الوكيل مع الغير.

وحسب رأينا، فإن المشرع المغربي، لما أكد أن التحفظات والعقود السرية المبرمة بين الموكل والوكيل والتي لا تظهر من الوكالة نفسها لا يجوز الاحتجاج بها على الغير، ما لم يقع الدليل على أنهم كانوا يعملون بها عند العقد، يكون قد كرس إحدى صور "الوكالة الظاهرة"⁴⁶⁶.

ليس هذا فحسب، بل إن المشرع أقر مسؤولية الوكيل تجاه الموكل عند تجاوزه حدود الوكالة أو تصرفه بدون وكالة، وأقامها على فكرة الخطأ عند تكوين العقد، وألزمه بدفع التعويض للغير المتعاقد معه لجر الضرر الذي حصل له بسبب عدم تنفيذ العقد.

⁴⁶⁶ التي أخذ بها القضاء أوصاء من ذلك قرار المجلس الأعلى رقم 2499 الصادر بتاريخ 16 نونبر 1987 في الملف المدني 26/3702 المشار بمجلة قضاء والقانون. بعد 139 ص 87، الذي ذهب فيه، إلى أن من شروط الوكالة الظاهرة حسن النية، كما يجب بقاء التصرف في حق الأصل أن يساهم هذا الأخير بخطئه في خلق مظهر خارجي للوكالة يكون من شأنه أن يجعل الغير المتعاقد مع الوكيل الظاهر من حسن نية محورا في اعتقاده بصحة هذه الوكالة.

ثانياً: أسباب انقضاء عقد الوكالة

مبنيًا، لا يختلف عقد الوكالة عن غيره من العقود الأخرى من حيث أسباب الانقضاء التي ترجع إلى القواعد العامة⁴⁶⁷ وحسب الفصل 929 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الوكالة تنتهي:

- بتعبد العملية التي أعطيت من أجلها؛
- بوقوع الشرط الفاسخ الذي علق عليه أو بقوات الأهل الذي منح له؛
- بعزل الوكيل؛
- بتنازل الوكيل عن الوكالة؛
- بموت الموكل أو الوكيل؛
- بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه كما هي الحال في الحجر والإفلاس⁴⁶⁸ وذلك ما لم نرد الوكالة على سور يمكن للوكيل تنقيدها برغم حدوث هذا التغيير في الحالة؛
- باستحالة تنفيذ الوكالة لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين⁴⁶⁹.

وبتعبير آخر، فإنه ينقضي بالطريقة الطبيعية والمألوفة، إما بتعبد، أي باستفلا العمل محل الوكالة وانقضاء أجل المحدد لها أو قبل تنفيذه، وذلك باستحالة التنفيذ لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، أو بتحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه، أو بالفسخ من قبل أحدهما، أو بحدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل من شأنه أن يجعله غير أهل

467- كما لا يختلف عنها أيضا في بعض الإثبات، حيث تطبق القواعد العامة فيه، مع مراعاة أنه إذا تجاوزت قيمة التصرف القانوني محل عقد الوكالة عشرة آلاف درهم (10 000) وجب إثباته بالتدوين عملاً بالفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود كما عدل بالقانون 53/05.

468- والمقصود به حالة نظم مسؤوليات المقاول.

مستمر، خلوّه - كما هو وضع عليه المحرر - ما لم ترد الوكالة على
مور يمكن للوكيل تنفيذها بغير غم من حدوث هذا التغيير.

هذا فضلا عن أسباب خاصة به كعقد يرد على العمل ويكون
معه بالأشغال تصرفا قضييا أو "عملا مشروعا" - حسب تغيير المشرع
لمعني بحرية الوكيل عادة لمصلحة الموكل، مما يجعله يتصرف
بمصلحة من المصالح من أبرزها قيامه على الاعتبار لشخصي
وبكره عدا غير لازم، فينقضي من ثم بعزل الموكل للوكيل، أو بتارل
هذا الأخير عن الوكالة، أو بوفاء أي واحد منهما.

وتشترك هذه الأسباب جميعا، في أن تحقيقا يتوقف على علم
الوكيل بوجودها حيث ينقضي العقد من الوقت الذي تم فيه هذا العلم
فضلا عن له يتعين على الوكيل أن يراعي مصلحة الموكل والأ
يعرضها للضرر.

1- انقضاء الوكالة لأسباب ترجع إلى القواعد العامة

تنقضي الوكالة بتنفيذ الوكيل للعمل المصوب به، أي بتجازل
التصرف القانوني محلها أو بانقضاء الأجل المحدد الذي منحت له -
وإن كن يجوز للوكيل الاستمرار في التنفيذ متى كانت لديه مبررات
معقولة، أو بمحض إرادته ويعلم الموكل وعدم معارضته كتعبير عن
تحديد المسمى للوكالة - أو بتحقق الشرط الفاسخ فيما لو علق عليه أو
بسخ العقد من طرف الموكل أو الوكيل بصفة وفي وقت غير لائق، ومن
غير سبب معتبر، حيث يسوغ الحكم لأحدهما على الآخر بتعويض يحدد
القاضي وجوده ومداه وفقا لطبيعة الوكالة وظروف العمل وعرف
المكان.

كذلك، قد تحصل حوادث تؤدي إلى انقضاء الوكالة، كن يصبح
تنفيذها مستحيلا لسبب لطبي لا يد للوكيل فيه، أو يفقد أحدهما أهليته
وقت الوكالة ومباشرة التصرف القانوني محلها، هذا إذا كانت الوكالة قد

أسندت إلى شخص طبيعي، أما بالنسبة للشخص المعنوي - كشركة
مثلا - فإن الوكالة تنقضي بانقضاء هذا الشخص ⁴⁶⁹.

2- انقضاء عقد الوكالة لأسباب خاصة به

مما لا شك فيه، أن الوكالة تعطى في الأصل لمصلحة الموكِّل
وعليه إذا وجد هذا الأخير أن مصلحة فيها لم تعد قائمة، جسر له
إلغائها متى شاء بإرادته المفردة وذلك عن طريق عزل الوكيل الشيء
الذي يحدد خاصية عدم كون الوكالة عقدا لازما.

وعزل الوكيل في نظريا يشكل الوجه الأول لإلغاء الوكالة وحله
وهو يتم إما صراحة أو ضمنا دون اشتراط شكل معين، إلا إذا أجمعت
الوكالة وفقا لشكل خاص تطلبه المشرع، حيث ينبغي التنبُّه به عند
إلغائها.

والجدير بالملاحظة، أن هذه للرخصة الممنوحة للموكِّل - إمكانية
عزل الوكيل - تعد من متعلقات النظام العام، وبالتالي، فإن كل شرط
يحالفها يكون عديم الأثر بالنسبة للمتعاقدين وكذا الغير، فلا الوكيل يمكنه
التمسك ببقائه بهذه الصفة مستمرا في إنجاز مهمته إلى غاية أن يهبى

469- بما كتبت لشركة تكتسب الشخصية المعنوية من تاريخ تسجيلها في السجل
التجاري، فإن انقضاءها يتم بنفس إجراءات تأسيسها، وينتج عن انقضاء الشركة
حل العلاقات فيما بين الشركاء وبالتالي رول شخصيتها المعنوية، مما يستوجب
تصفية أموالها وتسوية ديونها وتوزيع الفائض بين الشركاء.

وأما انقضاء الشركة متعددة، منها ما يخص نوعا معينا دون الأخر، ومنها ما
تتعلق به جميع الشركات، وقد تنصب عليها في الفصل 1051 من قانون
الانقضاء والقانون ذلك مثلا، انقضاء لهذا المحطة للشركة أو حصول ما
يقتضي انحلالها من شرط أو غيره، وتحقيق الأمر الذي نشأت من أجله أو استعانة
تحققه وإغلاق المال المشترك هلاك كليا أو جزئيا يبلغ من الضمانة هذا يحول دون
الاستمرار لمعقد، وموت أحد الشركاء أو إعلان الحجر عليه ما لم يكن قد وقع
الاتفاق على استمرار الشركة مع ورثته أو بغيره أو على استمرارها بسبب الغير.

المعط به، ولا الموكل يسمع من عزل الوكيل لمجرد أن الوكالة

ومع أن عزل الوكيل إمكانية بيد الموكل، إلا أن المشرع ليسد مسرعتها في حالتين: إذا كانت الوكالة صادرة لمصلحة الوكيل أو زعيم، ومعلوم المعالجة، لا يكون عزل الوكيل صحيحا، ومن ثم يتحمل الموكل الأثر العتري على تصرفه من ناحية، ومن ناحية أخرى، إذا كان الأمر يتعلق "بوكالة الحصومة" فإنه لا يحوز عزل الوكيل متى أصبحت الدعوى جاهرة للحكم⁴⁷⁸.

478- صحيح أنه يمكن للموكل عزل الوكيل، لكن لما كانت مصلحة هذا الأخير في الأجر، وجب أن يكون العزل مستندا على مبررات مقبولة وفي وقت مناسب، وإلا فإن العزل يكون صحيحا لا محالة في تلك، غير أنه يثبت للوكيل الحق في الرجوع على الموكل بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله.

479- فوكيل بالحصومة حسب علمنا، عبارة تتردد كثير في الدراسات المصرية لاسيما القيمة منها للدلالة على المحامي، باعتبار هذا الأخير وكيل عن الخصم وكالة تلقية المروض منه العمل على إنهاء الحصومة، وهكذا، بين الوكالة بالحصومة تعطي للمحامي سلطة تحريك الإجراءات أمام المحاكم لصاية حقوق الموكل، أي أنها وكالة في الإجراءات تنتهي عند إصدار الحكم في الدعوى وليست وكالة التصرف في الحقوق. ومن الأحكام الصادرة عن القضاء المصري، وللتسي نصبت في حيثياتها العبارة المذكورة، انقضى المصري رقم 29/ 1974 م. طعن 377 لسنة 37 ق- ق 23 لسنة 25، ص 142، حيث جاء به.

"أما الوكيل بالحصومة "المحامي" فإن له أن يليب عنه في الحضور أو في المرافعة أو في غير ذلك من إجراءات التقاضي محميا له تحت مسؤوليته دون توكيل خاص..".

أما بالنسبة للتشريع المصري، فإن هذه العبارة التي وردت في قانون الالتزامات والعقود الصادر في 2، عشت 1913 كانت شائعة في فترة ما قبل الحماية للدلالة على مهمة الدفاع التي كان يتولاها أي شخص، والتي لم تحظ بالتأطير أو التقطيع لفقنوني آنذاك، وبالتالي لم يكن يجوز للموكل أن يعزل الوكيل فيما لو أصبحت القضية جاهزة للحكم بهي حماية حقوقه. أما اليوم وقد أصبحت مهنة المحاماة منظمة وتكرس مقتضيات تضمن الحماية للطرفين، فإن المادة 48 من القانون المعظم لمهنة المحاماة الصادر في 20 أكتوبر 2008 كما تم تعديله وتقييمه في الباب

كذلك، في عزل الموكل للوكيل لا ينتج أثره إلا إذا وصل فملا
الى علم الوكيل⁴⁷² لما قبل هذا الوقت، فإن الوكالة تكون سارية المفعول
وتظل تصرفات الوكيل صحيحة حتى في مواجهة الغير الذي تعقد معه
نصن النية قبل علمه بحصول العزل.

وقد كرس المشرع هذا المقتضى في إطار الفصل 939 من قانون
الالتزامات والعقود بقوله: "تكون صحيحة التصرفات التي يبرمها
الوكيل باسم الموكل خلال الفترة التي يحل فيها موته أو غيبته من
الأسباب التي يترتب عليها انقضاء الوكالة بشرط أن يكون من تعقد
معه يجهل ذلك بدوره".

كما قضى المجلس الأعلى سابقا في أحد قراراته بما يلي: "يؤخذ
من الفصول 932 و 394 و 939 من قانون الالتزامات والعقود، أن عزل
الوكيل من الوكالة تم بسند كتابي، لا ينتج أثره إلا من يوم إشعار الوكيل
بالعزل المكتوب، بتعليقه له، وأن تصرفات الوكيل خلال العدة التي حل
فيها انتهاء مهمته كوكيل تكون صحيحة طالما أن المتعاقد معه يجهل
بدوره انتهاء مهمة الوكيل المتعاقد معه، وأن هذا المتعاقد لا يمكن أن
يحتج ضده بإلغاء الوكالة، مادام قد تعقد بحسن نية وجهل انتهاء مهمة
الوكيل بعزله"⁴⁷³.

المتعلق بالعلاقة مع الوكيل، نجر الموكل أن يصحب الوكيل من معاملته قسي أي
مرحلة من المصطوح شريطة أن يوفى له بالأنعاب والمصرفات المستحقة حسن
للمهام التي قام بها لفائدته، وأن يبلغ تلك إلى الطرف الآخر أو معاملته ورئيس
تقنية الصبغ بالمحكمة التي تظهر في القضية، وذلك بواسطة رسالة مضمونة مع
الإشعار بالاستلام أو بسائر وسائل التبليغ الأخرى.

472- ههنا إذا تم إلغاء الوكالة بواسطة أو بقرينة، فيه لا ينتج أثره إلا من وقت
تسلم الوكيل بها

473- انظر قرار المجلس الأعلى رقم 285 الصادر بتاريخ 7 أبريل 1982 في
الملف المدني رقم 86486 المنشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى المصدرة
المدنية 1966 - 1982 من 784.

وعلاقة بإلغاء الوكالة، فإن المشرع بين أيضا حكم إلغاء الوكالة الممنوحة من عدة أشخاص من أجل نفس الصفة، مؤكدا عدم جواز العتق إلا بموافقة هؤلاء جميعا، ما لم تكن هذه الأخيرة قابلة للتجزئة حيث يهيئ الإلغاء الحاصل من أحدهم، الوكالة بالنسبة إلى نصيبه منها ومصرحا بصحة العتاقها من قبل أي واحد من الشركاء في شركات التضامن وغيرها، الذين يتمتعون بصلاحيات إعطائها باسم الشركة.

وعلى العموم، فإن عزل الوكيل الأصلي أو موته يؤدي عزل من لخط محله ماعد، إذا كان هذا النائب قد تم تعيينه من لدن الموكل، وإذا كان الوكيل الأصلي يتمتع بصلاحيات تامة في التصرف، منها أن يحل غيره محله.

أما بخصوص الوجه الثاني لإلغاء الوكالة، فيتمثل في تنازل الوكيل عنها صراحة أو ضمنا من خلال إيداع رغبته في التخلي عنها وإخطار الموكل بذلك، غير أنه يكون ملوما بأن يصل بأعمال الوكالة التي بدأها إلى حد لا تتعرض معه مصالح الموكل للضرر متحذا في سبيل ذلك كل الإجراءات اللازمة إلى حين أن يتسنى بهذا الأخير رعايتها بنفسه تحت طائلة مسألتة عن قصور الذي قد يحصل له.

وإذا كانت وكالة قد أعطيت لمصلحة الغير⁴⁷⁴ فلا يحق له أن يتنازل عنها إلا بشروط، وهي: أن تكون لديه سبب جدية تبرر التخلي - كمرض وحوه - وأن يحظر الغير بقارله، وأن يمهله وقتا كافيا ليتكبر خلاله شؤونته، وكما صرح بذلك المشرع فإن إلغاء الوكالة كلي أو جزئيا - عن طريق التنازل عنها - لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الغير الذي تعاقد مع الوكيل، بحسب لية قبل علمه بحصوله⁴⁷⁵.

474- كل يبعد مثلا للوكيل بدفع دين للغير في دمة الموكل من مال هذا الأخير

الموجود تحت يده.

475- لنظر الفصول من 933 إلى 937 من ق.ل.ع.

وما دلم عقد الوكالة من العقود التي تنبني على الاعتراف
للتخصص، فإنه من الطبيعي أن يؤثر عليها حدوث تغيير في حالة
الموكل أو الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه⁴⁷⁶ وبالتالي
فيها تنقضي لتفسح المجال لنيلبة أخرى ألا وهي النيلبة الشرعية كما
نظمها مدونة الأسرة⁴⁷⁷ علما أن سريان انتهائها لا يحسب إلا من وقت
حصول العلم، وليس بمجرد تحقق السبب المؤدي إلى انقضاءها، الأمر
الذي يعني أن التصرفات القانونية التي بوشرت قبل ذلك تظل قائمة
ومنتجة لأثارها.

وليس الاعتراف، تنقضي الوكالة أيضا بوفاة الموكل، كما تنقضي
بوفاة الموكل بطرا لأن سلطة الوكيل رهينة بإرادة الموكل، فإذا توفي
الوكيل، وجب على ورثته متى كانوا على علم بالوكالة أن يبادروا إلى
إعلام الموكل بموت مورثهم، وأن يحافظوا على سائر الوثائق
والمستندات التي تخص هذا الأخير، ويتحذروا من التدابير ما تقتضيه
مصلحته، وفي هذه الحالة تظل الوكالة قائمة فقط في حدود هذه الأعمال
للتحفظية، لكن إذا توفي أحد الوكلاء عد تعددهم، لم تنقضي الوكالة إلا
بالنسبة لمن توفي إذا كان الباقي مستقلين بتهديدها، وتنقضي بالنسبة
إليهم جميعا فيما لو كانوا يعملون مجتمعين.

وإذا توفي الموكل، انقضت تبعاً لذلك وكالة الوكيل الأصلي
وكالة نائبه ما عد إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل
أو الغير، لو كان محلها إجراء عمل بعد وفاة الموكل على نحو يكون

⁴⁷⁶ نود أن نلفت النظر هنا، إلى أن المشرع في الباب الرابع من القسم السادس
نص على انقضاء الوكالة، الذي سبق لها أسباب انقضاءها، من في الباب
السادس من الفصل 929 على أن الوكالة تنتهي بحدوث تغير في حالة الموكل أو
الوكيل من شأنه أن يفقده أهلية مباشرة حقوقه أي أنه يقصر على ذكر فقدان
الأهلية، في حين أن في مطلع الفصل 940 صرح بأن الوكالة تنقضي بنقص أهلية
الموكل، والحال أنه كان يجزأ به براء لأي من الإشارات ليهما معا في إطار
الفصل 929.

⁴⁷⁷ في المواد من 229 إلى 276

مع الموكل في مركز مبدأ الوصايا - وفي مثل هذه الحالة يتعين على
 الموكل أن يتم العمل الذي شرع في إنجازه في حدود ما هو ضروري
 ولا يقوم بالإجراءات اللازمة لصيانة مصالح الموكل إذا لم يكن له
 ورث ممتنع بالأهلية، وفي المعامل يحق له استرداد المصروفات التي
 أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة وفق لأحكام الفصالة، أما التصرفات التي
 أبرمها باسم الموكل خلال الفترة التي كان يجهل فيها وفاته، فتكون
 صحيحة على أساس أن يكون الغير الذي تعاقد معه يجهل بدوره ذلك
 كما لا تنعصي للوكالة إذا تعدد الموكلون وتوفي أحدهم إلا بالنسبة لمن
 توفي منهم، ما لم تكن غير قابلة للتجزئة فننص في عندئذ بالنسبة
 للموكلين أجمعين 478 .

في ان
 فموسو حاشية
 ريلشيسو
 عبة كم
 من وف
 لامر
 قلتمه

موسو
 حاشية
 انفا
 يده
 ١١٠

478- وبالنسبة للشخص المطوي كاشركة مثلا، فإن حلها يؤدي إلى انقضاء
 للوكالة غير أنها تبقى لمدة اللازمة لتصفيتها، إذ أن شخصيتها المعنوية تظل في
 حدود أعراض التصفية.

الباب الثاني العقود التجارية

قبل أن يصل بها الأمر إلى ما هي عليه في الوقت الراهن، حيث أصبحت تحظى بتنظيم خاص بها يتلاءم مع التحولات الاقتصادية والفكرية للمغرب، ويساير إلى حد ما متطلبات عولمة التجارة والاقتصاد، لم يكن للتجارة بلاندا الشأن الكبير الذي لها اليوم باعتبارها إحدى رافعات الاقتصاد الوطني.

وبتعبير آخر، فإن المغرب على الرغم من تميزه بموقع جغرافي استراتيجي نظرا لتواجده في أقصى الوطن العربي وملاقى القارتين الإفريقية والأوربية وانفتاحه على الوحيتين الأطلسية والمتوسطية، إلا أنه لم يرق عبر تاريخه القديم إلى درجة أن يكون قطب إشعاع في التجارة، مثلما اشتهرت بذلك بعض الحضارات، للعديد من الأسباب التي لا يمكن أن تحيط بها في الواقع سوى أقلام أهل التخصص في الميدان.

وباختصار، يمكن القول إنه كان في مقدمة الانشغالات الأساسية لهذا البلد، الجهد في سبيل نشر رسالة الإسلام، وصد القرصنة الأجنبية وحماية للتوطين للمغربية منها، أما لتجارة فكانت بالمقارنة مع الفلاحة والقطر، قطاعا ثانويا كما كانت لصناعة بسيطة تتناسب ومغرب ذلك العهد.

غير أن هذا لا يعني أنه لم يعرف للتجارة على الإطلاق، وإنما كانت الحركة التجارية لشبهة مجموعة من مدنه، ليس فحسب تلك المتمركزة على ساحل البحر الأبيض المتوسط والمحيط الأطلسي، بل حتى الداخلية منها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه كان خلال هذه الحقبة من الزمن - أي قبل الحماية - يعتمد في سائر شؤونه المدنية والتجارية وبالتحديد في معاملاته التجارية على الشريعة الإسلامية ومنها لاسيما للملكي، وكذا على الأعراف والعادات التي جرى بها

العمل في كنفه، مما يصر تأصل العديد من المبادئ والأنظمة لديه مستقاة من المرجعية المذكورة الدينية منها والعرفية- كحرية الإثبات في اللغة التجارية، والإفلاس، والتحكيم، والحصص، ولأخذ بالأعراف والعادات التجارية التي لا تتعارض وأحكام الشريعة الإسلامية وغيره.

لكن، نظرا لافتقاره وقتئذ للمفومات اللازمة التي من شأنها أن تسعه في تنمية حركته التجارية، بسبب قلة عدد سكانه، وعدم توفره على وسائل النقل الحديثة والموانئ المجهزة، وعدم تشجيع الاستثمارات الأجنبية، فهناك من فطن والاضطرادات التي شهدتها البلاد في بعض الفترات، وما إليها من العوامل، فإن التجارة لم تكن لها أهمية كبرى حيث تأثرت على الصوم بالأحداث الداخلية والخارجية وبالمسيبة التي كل العرب يهيجها في هذا الإطار.

ولما فرضت عليه الحملة، تغيرت الأوضاع على مختلف الأصعدة، من ذلك أن سلطات الحماية عملت على تجهيز لموالي وتوسيعها وإنشاء شبكة طرقية ومقولات عامة لاستغلال الثروات المعدنية للمعربية وإحداث المصارف⁴⁷⁹ وما إليها من المشاريع والمنجزات التي كانت تخفي وراءها خطة التحكم في التجارة الداخلية والخارجية وتوجيهها على نحو يحدم مصالحها ويشجع أطماعها الاستعمارية.

والجدير بالملاحظة، أنه خلال هذه المرحلة من تاريخ المغرب بدأ عهد التنظيم والتفليس لأوجه النشاط التجاري، ولعل من أبرز القوانين التي تم إصدارها ما يتعلق بالتجارة البرية⁴⁸⁰ والبحرية⁴⁸¹ وبمع ودهن

479- انظر في هذا الصدد:

- لمحمد لمرحجي، العقود البنكية بين متونة التجارة والقانون البنكي، دراسة معقدة ونقدية في ضوء التشريع المغربي والتشريع المقارن ومعرفة بأحكام وقرارات قضائية حديثة، الطبعة الأولى، سنة 1998، ص 9.

480- المصارف في 12 غشت 1913.

الأصل التجاري⁴⁸² وإنشاء المخازن العمومية⁴⁸³ والملكية الصناعية⁴⁸⁴ وغير ذلك⁴⁸⁵.

وفي إطار حركة الكفاح من أجل إعادة البناء والمحيط بالمغرب كانت الجهات المسؤولة جاهدة للإصلاح ما خلفته الحماية من تركه لم تعد تليق بوطن حصل بعد نضال كبير على استقلاله، ومن أوجه مساعيها في هذا المضمار العمل على تحرير من التبعية قصد تطوير تجارته والنفع بها إلى مواكبة التغيرات التي يمر بها العالم بوتيرة سريعة⁴⁸⁶.

وفي نص التاريخ صدر قانون الائتمانات والعقود الذي يحتفظ بمكانته كترجمة عنه لقوانين المومرغ ومنها بطبيعة الحال القانون التجاري.

481- إصدار في 31 مارس 1909.

482- إصدار في 31 جفبر 1904.

483- إصدار في 6 يوليوز 1915.

484- إصدار في 23 يونيو 1916.

485- لائحة مجموعة أخرى من القوانين.

- أحمد شكري السباعي الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية. دراسة مسقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن، الجزء الأول: في النظرية العامة في قانون التجارة، والمحاكم التجارية، والمحكم الوطني والدولي وقانون الأوسنرال للأمم المتحدة والنظرية العامة في المقولة ومعايير التمييز الجديد ومختلف الجراح المقارلات. الطبعة الأولى. سنة 2001، ص 69.

486- للمزيد من التوسع في هذا الجانب راجع.

- أحمد شكري السباعي، نص المرجع المذكور في الهامش السابق، من ص 51 إلى ص 77.

وكذلك:

- فواد معلال، شرح قانون التجاري المغربي الجديد، الجزء الأول: نظرية للتاجر والنشاط التجاري، اكتساب صفة التاجر التزامات التاجر وحقوقه. الأصل التجاري، ضوابط المعصنة التجارية، الصكبة الصاعدة. الطبعة الثالثة. سنة 2009 من ص 33 إلى ص 35.

- فريدة الوموري، القانون التجاري: الأعمال التجارية والتاجر. الطبعة الأولى. سنة 2006، ص 14 و ص 15.

- ولعلازمة المحطات البائرة ذات الصلة بموضوعنا، نكتفي بالإشارة إلى أنه كان من أهم الأحداث التي تسجل للمغرب بين التسعينات وما بعدها، انعقاد مؤتمر الكات بمدينة مراكش⁴⁸⁷ الذي كان من نتائج أعماله التوقيع على الاتفاقية العامة حول الرسوم والتعريف الجمركية⁴⁸⁸ واختصاص مدينة الدار البيضاء⁴⁸⁹ للتجارة الاقتصادية الكبرى التي تعد معطفا في ترويج منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا وحوض البحر الأبيض المتوسط - المنطقة في مؤتمر القمة الاقتصادية حول للشرق الأوسط وشمال إفريقيا، إضافة إلى حضور المغرب المؤتمر الأوروبي المتوسطي بمرشولة بوصفه دولة تنتمي إلى المنطقة المتوسطية، وقد توقيعه على اتفاقية الشراكة⁴⁹⁰ ومصادقته

487- سنة 1994.

488- في سنة 1947 تم التوقيع على اتفاقية العامة للتجارة والتعريف الجمركية (الكات) التي كان هدفها هو تحرير التجارة الدولية ووضع النوازل للكتلة بتسيتها. وهكذا، ونتيجة لمخاض عسير من المفاوضات بين الدول، كان ميلاد منظمة التجارة العالمية (W.T.O. World Trade Organization) -الموجود مقرها بجنييف- التي تعتبر أول إطار مؤسسي للتبادل الحر عالميا، علما أن العاية من أحداثها لا تقف عند حد تحقيق حرية التجارة الدولية وإزالة القيود والعوائق التي تمنع تدفق حركتها، بل إلى الأهداف التي رسمتها متبعة منها الاستغلال الأمثل للموارد الاقتصادية العالمية، وتشجيع حركة الإنتاج ورؤوس الأموال والاستثمارات وسهولة الوصول إلى أسواق السلع والخدمات والتقنيات ومصادر الموارد الأولية وحسن الحواجز الجمركية وغيرها.

ومن المعلوم أنه في أبريل من سنة 1994 تم التوقيع على الاتفاقيات التي حلت بها هذه المنظمة بمدينة مراكش من قبل غالبية الدول المظن عالميا في المجال التجاري.

489- سنة 1993.

490- سنة 1996.



على اتفاقية تنمية للتبادل التجاري بين الدول العربية بهدف خلق سوق تجارية حرة⁴⁹¹ في ظل خلق سوق عربية مشتركة.

كذلك كان من بين الإنجازات التي تمت على المستوى التشريعي في ظل عولمة الاقتصاد والانفتاح على الاقتصاد العالمي من خلال الشراكة مع الاتحاد الأوروبي والانضمام إلى منظمة التجارة العالمية وصنع ثمانية قانونية حديثة قوامها خلق تشريع تجاري متطور يوائم بحولات العصر ويجاري التقدم العلمي والتكنولوجي، ويساهم في تشجيع الاستثمار الداخلي والخارجي ويؤوي روح المنافسة فيما بين المؤسسات التجارية المختلفة ويسمح حرية للتجارة والصناعة، في أحواء أصبح يستتر فيها التوجه نحو عصرنة المؤسسات وتحديث القوانين كعامل أساسي من شأنه أن يساعد على اللحاق بركب التقدم

أجل في هذا السياق، فقررت السلطة التشريعية مجموعة من القوانين سمح على أداة البحث أن تسوقها حصراً - نذكر منها على سبيل المثال، قانون الخصوصية⁴⁹² والقانون البيئي⁴⁹³ والقوانين المتعلقة

⁴⁹¹ ودفع بتاريخ 26 فبراير 1992 صدر المظير الشريف رقم 131/191 بتحديد لغرض رقم 58.90 المتعلق بالمناطق المالية لحرية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4142 في 18 مارس 1992، ص 379 - الذي نص في المادة الأولى منه على أنه: "تتأثر ببلد مدينة طنجة منطقة مالية حرة يسمح فيها للبوك وشركات إدارة محطات الأوراق المالية والملاحة المساهمات في مختلف المصناعات باستثناء والمصارف أصلها المحددة في هذا القانون وللجهة التطبيقية أن تحتل وتحدد مناطق مالية حرة (offshore) في جهات أخرى من المملكة المغربية"

⁴⁹² كل القوانين الكبرى التي عرفها الاقتصاد المغربي منذ الثمانينات لقر حاسم في التعديل بصلاح لسوق المالية لمواكبة المستجدات الناجمة على الخصخصة وما رافق ذلك كله من تحرير مجموعة من القطاعات وترك المجال للمبادرة الخاصة وهكذا أصبحت الخصخصة مع حكرمة للتأليب منذ سنة 1993 وسيلة أساسية لتحقيق أهداف تولد المبرانية من خلال الحصول على مدخلات مستثنائية والتنظيم من المبرانية الحرة حرة وكسب ثقة المؤسسات المالية الدولية

تمت حل مسدود

قوى التشريعية
في من حلت
أارة للحكومة
طور دولهم
في تشجيع
مؤسسات
أصبح
كامل

من
لي
أ

سوق القيم المنقولة 494 وقانون الاستثمار 495 وقانون الشركات 496
وغيره 497 والتي شكلت بخروج مدونة جديدة للتجارة إلى الوجود في

- وقد تم تطويرها قانونياً، بموجب الظهير الشريف رقم 190.01 الصادر بتاريخ 11
أبريل 1990 بتنفيذ القانون رقم 3989 المأذون بعوجه تحويل منشآت عامة إلى
قطاع الخاص.
- وبتاريخ 13 ماي 1999 صدر الظهير الشريف رقم 199.131 بتنفيذ القانون رقم
3459 الفصلي بتعير وتنظيم لقانون رقم 3989 المنشور بالجريدة الرسمية عدد
4692 بتاريخ 20 ماي 1999. ص 1111.
- 493 مقتضى الظهير الشريف رقم 139.147 الصادر في 6 يوليوز 1993، المعتر
بمعية قانون ينطق بشاهد مؤسسات الائتمار ومرفقتها، المنشور بالجريدة الرسمية
عدد 4210، بتاريخ 7 يوليوز 1993. ص 1156.
- 494- عملاً بالظهير الشريف المعتر بمعية قانون رقم 193.211 الصادر في 21
شتبر 1993 لمتعلق ببورصة القيم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4223 بتاريخ 6
أكتوبر 1993. ص 1882.
- والظهير الشريف المعتر بمعية قانون رقم 193.212 الصادر في 21 شتبر 1993
المتعلق بمجلس القيم المنقولة وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية التي
تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو مسنداتها، المنشور بالجريدة الرسمية عدد
4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993. ص 1890.
- والظهير الشريف المعتر بمعية قانون رقم 193.213 الصادر في 21 شتبر 1993
المتعلق بالهبات المكلفة بالتوظيف الجماعي للقيم المنقولة، المنشور بالجريدة
الرسمية عدد 4223 بتاريخ 6 أكتوبر 1993. ص 1895.
- 495- الظهير الشريف رقم 195.213 الصادر في 8 يونيو 1995 بتنفيذ القانون
الإطار رقم 18.95 بمعية ميثاق للاستثمارات المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4335
بتاريخ 29. نونبر 1995. ص 3030.
- 496- كان ذلك بمقتضى الظهير الشريف رقم 1.96.124 الصادر في 30 غشت 1996
بتنفيذ القانون رقم 1795 المتعلق بشركات المساهمة، المنشور بالجريدة الرسمية
عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996. ص 2320. والظهير الشريف رقم 19749
الصادر في 13 فبراير 1997 بتنفيذ القانون رقم 5.96 المتعلق بشركة النصاين
وشركة التوصية البسيطة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسؤولية
المحدودة وشركة المحاصة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4438 بتاريخ فاتح ماي
1997. ص 1058.

497- عرر لمشرع قانون الشركات بإصدار قانون يتعلق بالمجموعات ذات الصلة الاقتصادية وذلك بموجب الظهير الشريف رقم 199.12 بتاريخ 9 فبراير 1999 بتقيد القانون رقم 13.97. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4678 في فاتح الأول 1999 من 679.

وهذه المجموعات ليست شركات بالمعنى الفعلي لتحقيق لأن هدفها لا يشمل مس تحقيق لربح غايتها، بل لأعضائها، وتزوم تسخير كل الوسائل التي من شأنها تسهيل وتنمية النشاط الاقتصادي لها لا، وتحسين أو إنشاء نتائج هذا النشاط، مقالات لتتصير أو البحث عن الأسواق. وهي التي كانت أقرب إلى الجمعية من إلى الشركة، إلا أن لونهاها مع ذلك بهذه الأخيرة بظل قويا.

كما أصدر بعد ذلك الظهير الشريف رقم 199.193 الصادر في 25 غشت 1999 بتقيد القانون رقم 10.98 يتعلق بمسجد للديون الشرعية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4726 بتاريخ 16 شتنبر 1999. من 2270.

والظهير الشريف رقم 100.19 الصادر في 15 فبراير 2000 بتقيد القانون رقم 17.97، المتعلق بصفحة الملكية الصناعية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4716 بتاريخ 9 مارس 2000 من 366، والظهير الشريف رقم 100.71 الصادر في 15 فبراير 2000 بتقيد القانون رقم 13.99 القاضي بإنشاء المكتب المغربي للملكية الصناعية والتجارية. المنشور. بالجريدة الرسمية عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000 من 396-398.

والظهير الشريف رقم 100.223 الصادر في 5 يوليوز 2000 بتقيد القانون رقم 06.99 يتعلق بحرية الأسعار والمساواة المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4810 في 6 يوليوز 2000 من 194.

والظهير الشريف رقم 100.238 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتقيد القانون رقم 17.99 المتعلق بمسألة التامينات. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 2 دجنبر 2002 من 3105-3149 المعدن بالظهير الشريف رقم 106.17 الصادر في 14 فبراير 2006 بتقيد القانون رقم 39.05 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5399 بتاريخ 7 فبراير 2006 من 523.518 للمعير والمتمم بالظهير الشريف رقم 107.165 الصادر في 30 دجنبر 2007 بتقيد القانون رقم 01.07 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5568 بتاريخ 11 نونبر 2007 من 4046-4068.

والظهير الشريف رقم 102.184 الصادر في 23 دجنبر 2002 بتقيد القانون رقم 23.06 المتعلق بمقالات الصعوى والمسترسطة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5031 بتاريخ 19 غشت 2002. من 2368.

والظهير الشريف رقم 103194 في 11 شتبر 2003 بتعديل القانون رقم 6599
المنطق بمادة الشغل. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 567 بتاريخ 8 جبر 2003.
من 3999

والظهير الشريف رقم 1.05.178 الصادر في 14 جبر 2006 بتعديل القانون رقم
34.03 المنطق بمؤسسات الائتمار والهيئات المعتمدة في حكمها المنشور بالجريدة
الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 جبر 2006 من 435.
والجدير بالملاحظة أن هذا القانون نسخ مفعله الصادر في 6 يوليوز 1993، الشيء
الذي تضمن عليه صراحة الفقرة 1 من المادة 49 منه بقولها إنه:
"تصبح أحكام:

- الظهير الشريف المعتمد بمثابة قانون رقم 193.147 الصادر في 6 يوليوز 1993
المنطق بنشاط مؤسسات الائتمار وحرلقتها
- المواد 3 و22 و25 من القانون رقم 5890 المنطق بالمنطق المالية الحرة offshore
والصادر بتعديده الظهير الشريف رقم 131 91 بتاريخ 26 جبر 1992.."

وفي الفقرة الأخيرة بأنه:
تعرض الحالات إلى أحكام الظهير الشريف الصغير بمثابة قانون المشار إليه أعلاه
رقم 93.147 بالإحالات إلى الأحكام المطبقة الواردة في هذا القانون".
كما نسخ الظهير الشريف الصادر في 14 جبر 2006، بموجب الظهير الشريف
رقم 1.4193 الصادر في 24 جبر 2014 بتعديل القانون رقم 103.12 المنطق
بمؤسسات الائتمار والهيئات المعتمدة في حكمها المنشور بالجريدة الرسمية عدد
6328 في 22 جبر 2015 من 462، الشيء الذي تضمن عليه صراحة المادة 196 منه
في فقرتها 1 بقولها:
"تصبح أحكام:

- قانون رقم 34.03 المنطق بمؤسسات الائتمار والهيئات المعتمدة في حكمها
الصادر بتعديده الظهير الشريف رقم 1.05.178 بتاريخ 14 جبر 2006
والظهير الشريف رقم 108.95 الصادر في 20 أكتوبر 2003 بتعديل القانون رقم 33.06
المنطق بتسييد البنوك الوطنية الصغير والمنعم للقانون رقم 3594 المنطق ببعض
معدات البنوك القبلية للتداول والقانون رقم 24.01 المنطق بمعاملات الاستحفاظ
المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5624 بتاريخ 20 نونبر 2008 من 4241. وما إليها من
القوانين التي سترافقها خلال هذه الدراسة مع التعميمات والتشريعات التي ملأها في
مطرات لاحقة على صدورهما.

فأنتج غنت 1996، 498 لتحل محل القانون التجاري القديم لسنة 1971-
التي كانت وراء صدورها عوامل مختلفة ومتعددة، منها تحرير مستوفى
شلف الدولي للمعرب على إصلاح قانونه التجاري⁴⁹⁹ الذي تضمن
أغلبية نصوصه عاجزة عن مسايرة التطور الاقتصادي العالمي
ومقتضيات العولمة، التي لا تسمح فقط بحرية انتقال السلع والبضائع
ورؤوس الأموال، بل حتى القوانين تستفيد من هذه الحرية مخترقة حدود
حدود السيادة الصيقة للدول ورافعة بذلك شعارا جديدا هو أن عالم اليوم
عجلة عن قرية صغيرة لا حدود ولا حواجز ولا قيود بين أطرافها

وهكذا، جاءت المدونة في 736 مادة لتنظم القواعد المتعلقة
بالأعمال التجارية والتجار⁵⁰⁰ وتفصل في المسائل التجارية مستندا إلى
فوق وأعراف وعادات التجارة⁵⁰¹ أو إلى الفنون المحلي على أسس

498- بدء على تطوير الشرف رقم 196.83 الصادر بتعدد القانون رقم 13.95
بتاريخ فاتح غنت 1996 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4418 في 3 أكتوبر 1996
من 2187- الذي جاء في المادة 733 منه ما يلي:
"إن أحكام هذا القانون تنسخ وتعرض الأحكام المتعلقة بالموضوعات فيها حصيا
وقد يغيرها أو تدمجها مع مراعاة مقتضيات المادة 733 ولأصيا أحكام النصوص
الآتية.

الظهير الشريف الصادر في 7 شئت 1913 بمثابة القانون التجاري باستثناء
المواد من 29 إلى 54 بإحال لمعه .."
499- حسب أن هذا الإصلاح لم يكن من حيث أبعاده طامحا شموليا، مجموعة من
مواكبة الحكومة المغربية تلك حواج مدونة للتجارة، وخاصة من ثم لنصوص
خاصة كما هو الأمر مثلا بالنسبة للكرام التجارية وحماية الملكية الصناعية
وغيره.

500- حسبما تنص عليه المادة 1 منها بمولها
"ينظم هذا القانون القواعد المتعلقة بالأصل التجارية والتجار"
501- من أبرز خاصية منو للقانون التجاري من غيره من فروع القانون
الأخرى كونه نشأ في بيئة مرجعية الأسسية الأعراف والمعادن، ونعتمد القينة
التجارية، التي بغض ما تنص به من مرونة وبسلطة ومرونة وتتمس، التفت
رصد، غليا وتررة مهمة من القواعد والمبادئ التي نعت عليها المستمرة للمصلحة.
-278-

١١) تعاليف قواعده المبادئ الأساسية للقانون التجاري⁵⁰² - وزعت على خمسة كتب تحتوي تها على للمواضيع الآتية وهي الفاجر⁵⁰³ والأصل التجاري⁵⁰⁴ والأوراق التجارية⁵⁰⁵ والعقود التجارية⁵⁰⁶ وأخيرا صعوبات المعاملة⁵⁰⁷.

وفي إطار تنفيذ مخطط تزويد المملكة بمؤسسات قضائية - ينتظر منها فضلا عن أداء رسالتها النبيلة في تحقيق العدالة، المشاركة في التنمية والانحراط في مشروع ترسيخ موقعت الحكمة - أحدثت الدولة نموجا من المحاكم المتخصصة في 12 فبراير 1997⁵⁰⁸ عززت به

وعلى الرغم من عمية الفتوى التي تناولت الأعراف والعادات التجارية فصاحت منها قانونا يدعو "بالقانون التجاري" وعلى الرغم أيضا من تزايد النشاط التشريعي في هذا الإطار واعتنامه بالحبة التجارية في سياق تطورات العصر، فإن العرب ظل محتفظا بمكانته البارزة في كنف العديد من بصومعه، وتعد البيوع البحرية والاعتمادات المستندية مثالا بارز على القواعد العروية التي تم تقديسها في مجال التجارة الدولية.

هذا، وقد أشارت مدونة التجارة إلى موقع العرف ليه كمصدر آخر من مصادر في المادة القولية منها - رابعة - في المادة الثالثة منها - إلى أنه ترجع الأعراف والعادات الخاصة والمعطية على لأعراف والعادات العامة، ولا غربة في ذلك فهو مصدر شعبي أصيل يتصل مباشرة بالجماعة ويؤلف وميلتها النظرية لتنظيم تفصيص معاملتها التي يتعذر على التشريع، هيانا أن ينقلها.

502- ورد في المادة 2 ملها له:

"يصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف التجارة أو بمقتضى القانون المدني، ما لم يتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري"

503- أنظر المواد من 1 إلى 78.

504- أنظر المواد من 79 إلى 158.

505- أنظر المواد من 159 إلى 333.

506- أنظر المواد من 334 إلى 544.

507- أنظر المواد من 545 إلى 732.

وتتضمن المواد من 733 إلى 736 الأحكام الختامية.

508- تطبيقا للظهير الشريف رقم 9765 الصادر في 12 فبراير 1997 بتفويض

القانون رقم 95 93 لمحدث للمحاكم التجارية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4482

في 15 ماي 1997، ص 1441. كما صدر المرسوم رقم 297 771 في 28 أكتوبر 1997

الخريطة القضائية ببلادنا: إنها المحاكم التجارية بدرجتها الأولى والثانية، كجهة تساهم في النظر في النزاعات التجارية للسلطة في اختصاصها بموجب القانون،

كما أن التحولات التي شهدتها المساحة داخليا في السنوات الأخيرة تطلبت وضع سياسة تشريعية مدمجة، وذلك من خلال تفتي ليات بكفل مراعاة المستجدات الدولية التي لاضحت حاجة ملحة من أجل مساء مرتكبات تأهيل الحقل القانوني بالمغرب، وإحداث مرصد وطني للتتبع القانوني والاحتكام إلى الحكمة التشريعية كمطلب ضروري لتحقيق التنمية.

وفي وقت أصبح فيه المغرب يسعى إلى فتح آفاق للتأهيس الاقتصادي والاجتماعي من أجل الاستجابة لرهانات التنمية ورفع تحديات العولمة والمساواة، وفتح المجال أمام الاستثمار الوطني والأجنبي في القطاع الخاص اعتبرنا أهمية الدور المنوط به في مساء اقتصاد قوي، ككف السلطات المختصة جهودها من أجل إعداد وتفعيل الإجراءات المرتبطة بالإصلاح القانوني والمؤسساتية لاسيما في مجال الأعمال وحكمة المفاوضات، إلا أن الواقع العصي كشف في مناسبات مختلفة عن العديد من الاختلالات على هذا المستوى.

تمثلا بالنسبة لمعيط الأعمال، تم تسجيل للنسبة العالية من شركات الصغرى والمتوسطة العائلية، داحل للنسيج الاقتصادي الوطني، مما يمكن على طرق تغييرها، وتنامي الاقتصاد غير المهيكل كمنافسة بديلة تؤثر على التنمية واتساع دائرة الاحتكار وضعف المنافسة وما ينتج عن ذلك من آثار سلبية على الاستثمار الداخلي والخارجي، وانتشار اقتصاد الرعب وتنوع أشكاله وغير ذلك.

بشان محدود عدد المحاكم التجارية ومحدكم الاستئناف التجارية ومقارها ودوائر اختصاصها- المنشور بالمرسومة الرسمية عدد 4532 بتاريخ 6 يوليوز 1997. من 1994. التي أمنت مهمة تطبيقه في الموعد المحدد للعدل.

وهما يتعلق بالمقولة الخاصة، ألفت التقارير عن عدد من الاختلالات التي تعيق الحكامة الداخلية للمقاولات، منها ضعف شعاعية العلاقة بين مجلس الإدارة والمساهمين وغياب جودة التنظيم والتدبير الإداري وما إليهما.

وكما لا يخفى فإن تلك الاختلالات التي تم رصدتها منذ سنوات⁵⁰⁹ والتي جعلت المغرب يصف في مرتبة غير مرصية في مجال ممارسة الأعمال دفعت بالسلطات العمومية إلى القيام بمصالحات قانونية وتنظيمية من أجل تحصين مناخ الأعمال وحكامة المقاولات المغربية ورفع قدرتها التنافسية.

واعتبارا لأهمية المقاولات الصغرى والمتوسطة⁵¹⁰ في التسيير الاقتصادي بالمغرب، وذلك من حيث مساهمتها الإيجابية في النمو الاقتصادي وفي إحداث مناصب الشغل والتنمية الجهوية والمحلية، فإن السلطات العامة تدخلت عن طريق نهج سياسة جديدة تركز على بناء الإطار المؤسسي للهوض به، إلى جانب تقديم الدعم اللام لها سوء على مستوى التكوين والتعريف أو على مستوى المسئوليات الأساسية والتشجيع الضريبي على الاستثمار.

509- التي أوردنا منها بعض الأمثلة فقط.

510- المقاولات الصغرى والمتوسطة هي كل مقولة يقوم مباشرة بتصديرها أو إدارتها أو هما معا، الأشخاص الطبيعيون الماتكون لها أو للمالك الترخا، أو المساهمون فيها، إذ كان رأسمالها أو حقوق التصويت فيها غير مملوكة بنسبة تفوق 25% من لئن مقولة أو عدة مقولات لا ينطبق عليها تعريف المقولة الصغرى والمتوسطة ويمكن تجاوز هذا السقف إذا كانت المقولة مشاركة من لئن صنفين جماعية للاستثمار أو شركات استثمار في رأس المال أو هيئة رأسمال لمجازرة أو هيئة المالية المؤهدة لقرنا لالتماس التوفر لدى العموم قصد التجام بتوظيفات مالية، بشرط ألا تمارس هذه المؤسسات بصفة فردية أو مشتركة لبة مراقبة على المقولة.

وفي هذا الصدد، تم وضع القانون رقم 5300 المتعلق بمجلس
المقاولات الصغرى والمتوسطة⁵¹¹ الذي أحدثت بموجبه الوكالة الوطنية
للنهوض بالمقاولات الصغرى والمتوسطة في شكل مؤسسة عمومية
تخصص لوصاية الدولة وتتمتع بالتمحيصية المعنوية والاستقلال المالي
تتولى من بين المهام الموكلة بها، المساهمة في تنفيذ سياسة الدولة في
إطار دعم هذه المقاولات بالتنسيق مع القطاعات الوزارية المعنية، والتقييم
من خلال مساعدتها التقنية بتشجيع برامج النهوض ببنيتها، وتقسيم
الخبرة والتكريد في مجال تسييرها وإدارتها.

ومن أجل ترسيخ قواعد الحكامة لدى المقاولات، تم تكوين لجنة
وطنية متخصصة سنة 2007 بلارت إلى إعداد وثق مدونات ومواثيق
بشأن الممارسات الجيدة لحكمة المقاولات تتمثل في:

- المدونة المغربية للمعاملات الجيدة وحكمة المقاولات المؤرخة في
مارس من سنة 2008.
- مدونة حكمة المقاولات المتوسطة والصغيرة والمقاولات العائلية
المؤرخة في يونيو من نفس السنة.
- مدونة الحكامة الجيدة للمؤسسات المالية الصادرة سنة 2010.
- مدونة حكمة المؤسسات العمومية الصادرة سنة 2011.
- الميثاق المغربي للممارسات الجيدة لحكمة المنشآت والمؤسسات
لعامة الصادرة سنة 2012.

كما شكلت الحكومة اللجنة الوطنية لمناخ الأعمال في دجنبر
2009 كي تتولى دراسة مناخ الأعمال وتسهل على تفعيل التدابير الكفيلة
بخصومه، من خلال تبسيط المساطر المعتمدة لإحداث المقاولات
الصغيرة وتحديث القواعد المنظم للأعمال، وتسهيل شروط تصفية
شركاتها إلى جانب إنشاء المعهد المغربي للمدراء في يونيو 2010.

511 - الظهير الشريف رقم 1.02.158 الصادر في 23 يوليوز 2002 بتعهد قانون
رقم 5300 المتعلق بميثاق مسووف الصغرى والمتوسطة. المنشور بالجريدة
الرسمة عد 4031 في 19 شت 2002 - ص 2368.

ورغم الجهود المبذولة والآليات المحدثة بهدف تطوير الحوكمة الجيدة للمقرلات، فإنها لم ترق إلى درجة القضاء على سائر الاختلالات التي تحيط بالمناخ العام للأعمال والتي شحصتها التقرير الدولية لاسيما البنك الدولي حول التنمية بمنطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا
نظره
نسخة 2009 كم يلي-

- صعوبة تعيل المنافسة في ظل وجود تصارب كبير في المصالح؛
- محدودية نقالة الحصة العامة والدعوة للأعمال لدى المؤسسات العامة المتعاملة مع القطاع الخاص؛
- غياب معايير الجودة القانونية؛
- غياب النشر المنتظم للمعلومات حول صفقات الحوصصة؛
- محدودية استقلالية مجلس المنافسة وغير ذلك⁵¹².

وتعزيزا لاستقلالية هذا المجلس، جاء الفصل 166 من دستور 29 يوليو 2011 ليصر على أن مجلس المنافسة يعد هيئة مستقلة تتمتع بالشخصية الاعتبارية والاستقلال المالي، ومكلفه في إصدار تنظيم منافسة

512- راجع بهذا الخصوص،

- التقرير السنوي الأول للمجلس الاقتصادي والاجتماعي عن حصية عمله برسم سنة 2011 الذي تمت المصادقة عليه من طرف الجمعية العامة بتاريخ 28 يونيو 2012 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6162 بتاريخ 20 يونيو 2013 ص 4709.
- ومن المعلوم أنه بتاريخ 31 يونيو 2014 صدر الظهير الشريف رقم 114 124 بتعيين القانون التنظيمي رقم 128.12 للمعق بالمجلس الاقتصادي والاجتماعي والبيئي - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6282 بتاريخ 14 غشت 2014 ص 6370 - الذي من بين المهام التي يضطلع بها - كما نص على ذلك المادة 2 منه - الإداء برأيه في التوجهات العامة للاقتصاد الوطني والتنمية المستدامة وفي جميع القضايا الأخرى ذات الطابع الاقتصادي والاجتماعي والبيئي للمنظمة بالجمهورية المتقدمة، وتطبيق الطرية وتبني المبادئ الاقتصادية والاجتماعية الوطنية والجمهورية والدولية والمكاسات، خاصة على تقديم الاقتراحات في هذه المجالات وتيسير وتدعيم التشاور والتعاون بين الفرقاء الاقتصاديين والاجتماعيين والمساهمة في بلورة ميثاق اجتماعي وإنجاز الدراسات والأبحاث في المجالات المرتبطة بممارسة صلاحيته.

حرة ومشروعة، بصدر الشفافية والإنصاف في العلاقات الاقتصادية من خلال تحيين وصبط وصيغة المنافسة في الأسواق ومراقبة الممارسات المنافسة لها وعمليات التركيز الاقتصادي والاحتكار.

كما جاءت المادة الثانية من القانون رقم 20.13 الصادر في 30 يونيو 2014 المتعلق بمجلس المنافسة⁵¹³ لتؤكد الطابع التقييري لهذا المجلس في ميدان محاربة الممارسات المنافسة لقواعد المنافسة ومراقبة عمليات التركيز الاقتصادي حسبما هي معرفة في القانون المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة⁵¹⁴ وكذا طابعه الاستشاري وإصدار دراسات بشأن المدح العام للمنافسة قطاعيا ووطنيا.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإننا بالنظر إلى موضوع هذه الدراسة، لا يمكن أن نغفل الطرف عن الدور الذي تلعبه بعض المؤسسات العمومية في إغناء وتأهيل قطاع التجارة والصناعة والخدمات⁵¹⁵ التي تتمثل في غرف التجارة والصناعة والخدمات، من خلال المهام التي سطره لها المشرع، والتي نكتسي طبعاً تمثيلاً واستشرى إلى جانب وطبقها المتعلقة بالدعم والترويج

⁵¹³ - الظهير الشريف رقم 14.117. الصادر في 30 يونيو 2014 بتعديل القانون رقم 20.13 المتعلق بمجلس المنافسة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6276 بتاريخ 24 يوليوز 2014. ص 6095.

⁵¹⁴ - الظهير الشريف رقم 14.116 الصادر في 30 يونيو 2014 بتعديل القانون رقم 104.12 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6276 بتاريخ 24 يوليوز 2014. ص 6077.

⁵¹⁵ - إن غرف التجارة والصناعة والخدمات، عبارة عن مؤسسات عمومية ذات طابع مهني، تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي، وتتوفر على أملاك عقارية ومنقولة، وعلى الأهلية التقاضي والتدول وإبرام الصلح في النزاعات التي تكون طرفاً فيها كمدعية أو مدعى عليها، وتحصن لوصاية الدولة -الرامية إلى تقديمها بأحكام نظامها الأساسي وتطبيق النصوص التشريعية والتنظيمية المتعلقة بالمؤسسات العمومية- والمراقبة المالية للدولة

وتحدث هذه العرف لتمثيل مهني القطاعات المذكورة لدى السلطات العمومية المحلية والإقليمية والجهوية والوطنية، وكذا لدى المصطمت والمؤسسات الدولية للعامة في المجالات المرتبطة بمهامها تلك المهام التي كلفها بأدائها المشرع.

وهي وفق ما أشرنا إليه أعلاه، مهام تمثيلية - من ذلك تمثيل المصالح العامة للمهنيين في دائرة نفوذها الترابي والدفع عنها، وربط الصلة بين المهنيين المقاربة ونظرائهم الأجانب والمصطمت الدولية ولوطنية العامة في المجالات المتعلقة بمهامها... واستشارية بحيث تستشيرها الحكومة مثلاً في مشاريع النصوص التشريعية والتنظيمية الخاصة بالقطاعات المهنية التي تمثلها، وفي إحداث مخازن عامة ومستودعات وقاعات عمومية للبيع بالمراد الوطني للسلع، وتستشيرها بشأن التدبير الزامية إلى تبسيط المساطر الإدارية المرتبطة بالمقولة كذلك يجب على السلطات لإدارية المحلية والجماعات الترابية أن تستشيرها حول إعداد مخططات التهيئة التجارية وإحداث منطق صناعية وتجارية ومناطق حرة... إلى جانب مهام الدعم والترويج - كإحداث مراكز للتحكيم والوساطة التجارية، وإحداث خدمات تسمح بتتبع الاستثمار وإنعاش الاقتصاد المحلي والوطني... - ناهيك عن أن هذه العرف مؤهلة لتسلم الوثائق المطلوبة من قبل الصناع والتجار ومتعهدي الخدمات لأجل استعمالها لدخل المغرب وخارجه، لاسيما شهادات المنشأ بالنسبة للسلع المراد تصديرها، وكذا البطائق المهنية.

كما يمكنها أن تؤسس أو تدير في دائرة نفوذها - شريطة موافقة السلطة الحكومية المختصة - مجموعات ذات النفع العام، لاسيما مؤسسات التأهيل وإعادة التأهيل ومراكز الأعمال والتمسرة وغير ذلك⁵¹⁶.

⁵¹⁶ - راجع على التوالي للمواد، 1 و 3 و 4 و 5 و 7 و 8 من الظهير الشريف رقم 113.09 الصادر في 21 فبراير 2013 بتقليد المرسوم رقم 2. 18 المتعلق بتنظيم الأساسي لعرف التجارة والصناعة والخدمات - المنشور بالجريدة الرسمية عدد

ونظرا للالتزامات التي تفرضها بعض الهيئات والمصطحات الدولية على المغرب من أجل تحسين مباح الأعمال تشجيعا للاقتصاد الوطني وحسب الاستثمار الأجنبي وتبسيط المساطر الإدارية، تدخل المشرع في السنوات الأخيرة عن طريق وضع ترسانة من القوانين تهم هذا المجال نذكر منها حسب سياقها التاريخي: القانون رقم 44.12 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2012 المتعلق بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سندات⁵¹⁷ والقانون رقم 43.12 الصادر في 13 مارس 2013 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميين⁵¹⁸ والقانون رقم 05.14 الصادر في 22 غشت 2014 المتعلق بتسييد الأصول⁵¹⁹ والقانون رقم 18.14 الصادر في 22 غشت 2014 الرامي إلى تغيير وتنظيم عنوان الكتاب في اكتتاب الحائس والمدة 346 من القانون رقم 95.15⁵²⁰ والقانون رقم 18.12

6.36- بتاريخ 21 مارس 2013، من 2596: المعير والمتمم بموجب الظهير الشريف رقم 11595 الصادر في 3 غشت 2013 بتعديل القانون رقم 62.15، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6183 مكرر في 4 غشت 2013، من 6884.

517- الظهير الشريف رقم 2.55، الصادر في 28 جويلية 2012 بتنفيذ القانون رقم 44.12 المتعلق بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المعنوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سندات⁵¹⁸ المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6120 بتاريخ 24 يناير 2013 من 1400.

518- الظهير الشريف رقم 113.21 الصادر في 13 مارس 2013 بتنفيذ القانون رقم 43.12 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميين، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6142 بتاريخ 11 أبريل 2013 من 3157.

519- الظهير الشريف رقم 14.143 الصادر بتاريخ 22 غشت 2014 بتنفيذ القانون رقم 4.05 المتعلق بالقانون رقم 33.06 المتعلق بتسييد الأصول، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6290 في 11 شتنبر 2014، من 6813.

520- الظهير الشريف رقم 14.146 الصادر في 22 غشت 2014 بتنفيذ القانون رقم 18.14 الرامي إلى تغيير وتنظيم عنوان الكتاب الحائس والمدة 546 من القانون رقم 15.95 المتعلق بتدوين التجارة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 196.83 بتاريخ 22 غشت 1996، المنشور بالجريدة عدد 629، في 15 شتنبر 2014، من 6882.

المصدر في 29 جابر 2014 المتعلق بالتعويض عن حوادث الفصل 521
والقانون رقم 68.12 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 44.10 المتعلق
بصفة القطب المالي للدار البيضاء⁵²² والقانون رقم 14.13 الصادر في

521- المغير الشريفة رقم 14.190 الصادر في 29 جابر 2014 بتعديل القانون
رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الفصل، المنشور بالجريدة الرسمية عدد
6328 بتاريخ 22 يناير 2015، ص 489.

وعلاوة بالموسم صدرت مجموعة من القرارات الوزارية الخاصة بحوادث
الفصل والأمراض المهنية، ويتعلق الأمر بالقرارات الآتية:
- قرار وزير التشغيل والشؤون الاجتماعية رقم 1137.15 الصادر في 11 جابر
2015 بتحديد الملاج المنصوص عليها في المواد 15 و 17 و 25 و 145 و 180 من
القانون رقم 18.12 المتعلق بالتعويض عن حوادث الفصل، المنشور بالجريدة
الرسمية عدد 6447 بتاريخ 14 مارس 2016، ص 1305.

- قرار وزير التشغيل والشؤون الاجتماعية رقم 1138.15 الصادر في 11 جابر
2015 بتحديد نموذج الشهادة التي يسلمها الموظف للمصاحب بحادث الفصل أو سبب
حقوقه أو من يمثلهم المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6447 بتاريخ 14 مارس
2016، ص 13.6.

- قرار وزير التشغيل والشؤون الاجتماعية رقم 2610.15 الصادر في 11 جابر
2015 بتحديد لائحة الوثائق والمستندات التي يمكن طلبها من طرف المقابلة
المزمعة للموظف، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6447 بتاريخ 14 مارس 2016،
ص 1333.

522- المصدر الشريفة رقم 14.93 الصادر في 12 ماي 2014 بتعديل القانون رقم
68.12 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 44.10 المتعلق بصفة القطب المالي للدار
البيضاء- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6264 بتاريخ 12 يونيو 2014، ص
4894- والمرسوم رقم 215.603 الصادر في 16 مارس 2016 بتغيير وتنظيم
المرسوم رقم 211.323 الصادر في 6 شتبر 2011 بتطبيق القانون رقم 44.10
المتعلق بصفة القطب المالي للدار البيضاء، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6451
بتاريخ 28 مارس 2016، ص 2798.

والقطب المالي للدار البيضاء، عبارة عن منطقة مالية يتم تحديد مجالها بنص
تنظيمي، يسمح فيها للمعاملات المالية وغير المالية بمزاولة أنشطتها الإقليمية أو
الدولية كما هي مبيحة في المواد من 6 إلى 10 من القانون المشار إليه أعلاه، وذلك
من أجل تمكين منطقة الدار البيضاء من الاستفادة من تدابير كبرى بضمنها المالية
والتنافسية على الصعيدين الإقليمي والدولي.

الرسائل في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبيعية

19 فبراير 2015 لمتعلق بنظام المقاول الذاتي⁵²³ والقانون رقم 12
الصادر في 29 يوليو 2015 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 05

وتهدف أهم مقتضيات هذا القانون، إلى توسيع مجال الأنشطة المؤهلة للحصول
على صفة "القطب المالي للدار البيضاء" ليشمل مقامي خدمات الاستثمار
والشركات ذات الأنشطة المتعلقة بتغيير المحافظ، وبصفة عامة الخدمات ذات
الصلة بهذا التكوين بما في ذلك توزيع الأموال والبحث في مجال تغييرها، ومرحلة
نموذج الاستفادة من هذه الصفة، فضلا عن إبرام المؤسسات التي تطلب اكتساب
صفة القطب المالي للدار البيضاء على دفع عمولة لفائدة الهيئة لمكلفة بهذا القطب
عن وضع طلباتها وعمولة مبدئية تدفع من قبل المؤسسات المستفيدة من هذه
الصفة ولإظهار هذه الأخيرة بالالتزام بمجموعة أخلاقية

523- الظهير الشريف رقم 15.06 الصادر في 19 فبراير 2015 بتأييد القانون رقم
114 لمتعلق بنظام المقاول الذاتي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6342 بتاريخ
12 مارس 2015، من 1593.

والمقاول الذاتي حسب المادة 1 من هذا القانون، هو كل شخص ذاتي يزاول بصفة
فرية نشاطا صناعيا أو تجاريا أو حرفيا أو يضم خدمات، ولا يتجاوز رقم الأعمال
المعوي المحصل عليه 500.000 درهم إذا كان النشاط الذي يمارسه يندرج ضمن
الأنشطة لصناعية أو التجارية أو الحرفية، و 200.000 درهم إذا كان نشاطه يندرج
في إطار تقديم خدمات.

وإلى جانب هذا القانون، صدر المرسوم رقم 2.15.257 في 10 أبريل 2015 بتحديد
نكود وكيفية سير العمل الوطنية للمقاول الذاتي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد
6353 بتاريخ 28 أبريل 2015، من 3973

القرار المشترك لوزير الاقتصاد والمالية ووزير الصناعة والتجارة والاستثمار
والاقتصاد الرقمي رقم 1809.15 الصادر في 24 يونيو 2015 بتحديد نموذج طلب
التسجيل في السجل الوطني للمقاول الذاتي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6371
بتاريخ 22 يونيو 2015، من 5893.

- القرار المشترك لوزير الاقتصاد والمالية ووزير الصناعة والتجارة والاستثمار
والاقتصاد الرقمي رقم 1810.15 الصادر في 24 يونيو 2015 بتحديد أجل دراسة
الطلب ومنح تهادن التسجيل بالسجل الوطني للمقاول الذاتي وتسليم بطاقة المقاول
الذاتي. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6371 بتاريخ 22 يونيو 2015، من 5895.

المتعلق شركات المساهمة⁵²⁴ والقانون رقم 127.12 الصادر في 4 غشت 2015
المتعلق بتنظيم مهنة محاسب معتمد وبأحدث المنظمة المهنية
للمحاسبين المعتمدين⁵²⁵ والقانون رقم 91.14 الصادر في 2 مارس 2016
المتعلق بالتجارة الخارجية⁵²⁶ والقانون رقم 59.13 الصادر في 25 غشت
2016 الخاص بتغيير وتنظيم القانون رقم 7.99، المتعلق بمدرسة

524 - الظهير الشريف رقم 15106 الصادر في 29 يوليوز 2015 بتفويض القانون
رقم 78.12 بتغيير وتنظيم القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، المنشور
بالجريدة الرسمية عدد 6390 بتاريخ 28 غشت 2015، ص 7416 مكر.

وتنص المادة 1 من هذا القانون على أنه :
"تتم وتنص على النحو التالي أحكام المولد 7 ر 9 و 12 و 34 و 41 و 42 و 56 و
57 و 58 و 72 و 90 و 96 و 97 و 102 و 106 و 121 و 122 و 136 و 141 و
153 و 154 و 158 و 161 و 179 مكررة و 197 و 222 و 248 و 279 و 280 و
281 و 357 و 420 من القانون رقم 17.95".

525 - الظهير الشريف رقم 15111 الصادر في 4 غشت 2015 بتفويض القانون رقم
127.12 المتعلق بتنظيم مهنة محاسب معتمد وإحداث المنظمة المهنية للمحاسبين
المعتمدين، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6388 بتاريخ 20 غشت 2015، ص
7144.

والمحاسب المعتمد -وقد للمادة 1 من هذا القانون- هو من تكون مهنته الاعتيادية
مسك محاسبات المقاولات والهيئات التي تلجأ إلى خدماته والتي لا يرتبط معها عقد
عمل، ونجميع تلك الحسابات وفحصها وحصرها وتقييمها وتصديقها، ويمكنه كذلك
أن يقوم بتحرير النظم المحاسبية وتنظيمها وقمع المحاسبات رسمها وتقييمها
ومركزتها وتقييمها وحصرها، وإبداء المشورة والتوجيه بالاتصال ذات الطابع القانوني
والصيربي والاقتصادي والمالي والتنظيمي والمعنوي بشأن المقاولات والهيئات.
ويجب على المقاولات التي لا تتوفر على محاسب لغير أن تلجأ إلى خدمات خبير
محاسب أو محاسب معتمد لمسك محاسبتها، وتنشئ من هذا الإطار شركات
الصغيرة والصغيرة جدا -كما تم تعريفها في إطار التوقيين الجاري به العمل-
والتي تستفيد من خدمات مراكز تدبير محاسبه المعتمدة النابعة لمصرف التجارة
والصناعة والخدمات.

526 - الظهير الشريف رقم 16.25 الصادر في 2 مارس 2016 بتفويض القانون رقم
91.14 المتعلق بالتجارة الخارجية، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6450 بتاريخ 24
مارس 2016، ص 2763.

لأنهيات⁵²⁷ والقانون رقم 49.15 الصادر في 25 غشت 2016 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة ومسئول أحكام خاصة بأجل الأداء⁵²⁸ والقانون رقم 19.14 الصادر في 25 غشت 2016 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي⁵²⁹ والقانون رقم 46.12 الصادر في 27 أبريل 2016 المتعلق بتغيير وتنظيم المحقق الأول من الظهير الشريف الصادر في 31 مارس 1999 بمثابة مدونة التجارة البحرية⁵³⁰ والقانون رقم 49.16 الصادر في 18 يوليوز 2016 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي⁵³¹ ومشروع القانون رقم 04.15 الصادر في نونبر 2014 المتعلق بالنظام الأساسي لبنك المغرب⁵³²

527 - الظهير الشريف رقم 116.129 الصادر في 25 غشت 2016 بتعديل القانون رقم 59.13 القاضي بتغيير وتنظيم القانون رقم 17.99 المتعلق بمدونة الفاسيات المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016 من 6649.

528 - الظهير الشريف رقم 1.16.128 الصادر في 25 غشت 2016 بتعديل القانون رقم 49.15 بتغيير وتنظيم القانون رقم 15.95 المتعلق بمدونة التجارة ومسئول أحكام خاصة بأجل الأداء المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 في 19 شتنبر 2016 من 6647.

529 - الظهير الشريف رقم 116.151 الصادر في 25 غشت 2016 بتعديل القانون رقم 19.14 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6501 بتاريخ 19 شتنبر 2016 من 6681.

530 - الظهير الشريف رقم 116.47 الصادر في 27 أبريل 2016 بتعديل القانون رقم 46.12 المتعلق بتغيير وتنظيم المحقق الأول من الظهير الشريف الصادر في 31 مارس 1999 بمثابة مدونة التجارة البحرية. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6466 بتاريخ 19 ماي 2016 من 1838.

531 - الظهير الشريف رقم 116.99 الصادر في 18 يوليوز 2016 بتعديل القانون رقم 49.16 المتعلق بكراء العقارات أو المحلات المخصصة للاستعمال التجاري أو الصناعي أو الحرفي - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6490 بتاريخ 11 غشت 2016 من 5857 - الذي جاء لتحقيق نوع من التوازن بين استقرار المالك والمستأجر على الملكية العقارية لطرف المالك.

والمستأجر على المدة 35 من هذا القانون تنص على تخصيص المحاكم التجارية بالنظر في النزاعات المتعلقة بتطبيق هذا القانون، وتخصص المحاكم الابتدائية.

الوسيلة في العقود الخاصة، العقود المالية والتجارية والبنكية

وعلى العموم، فإن دراستنا للعقود التجارية بما فيها البنكية ستكون على الشكل التالي:

أي الأنسام المتخصصة في القصار التجارية - طبقا للقانون المنطبق بمقتضى
القوانين المعمول بها.
332- في إطار الإصلاحات الهيكلية الهادفة إلى تحديث النظم البنكية وضمان
الاستقرار المالي من أجل مواكبة اندماج الاقتصاد المغربي في المحيط الدولي
جاء هذا المشروع بمقتضيات جديدة، ولحق صراحة على نسخ أحكام القانون رقم
76.03 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 10531 المؤرخ في 23 نونبر 2005
المتعلق بالقانون الأساسي بنك المغرب.

مبحث تمهيدي

الإطار المفاهيمي والموضوعي للعقد التجاري

من لا شك فيه أن معظم معاملات التجار سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو معنويين تتم عن طريق العقود التي ما عتقت تؤكد أهميتها الحيوية ودورها الفعّال ليس فقط على مستوى للتجارة الداخلية، ولكن على صعيد التجارة الدولية أيضاً.

وإذا كانت العقود المدنية قد استقطبت عناية التشريعات المقرونة فعملت على صياغتها في مبادئها المدنية⁵³³ فإنها تدخلت بدرجات متفاوتة من أجل تنظيم العقود التجارية فهي قوانينها التجارية⁵³⁴ نستحضر منها في هذا المقام مثلاً قانون التجارة المصري الذي أولى عناية للعقود التي تعرفها الممارسة بكثرة، كعقد نقل التكنولوجيا⁵³⁵

533- من المعلوم بالنسبة للتشريع المصري، أن قانون الالتزامات والعقود صدر بتاريخ 12 غشت 1931، مشتملاً على 1250 فصلاً ورعت على كتابين ينطبق أحدهما بالالتزامات برجه عام، ويتم يخص الثاني مختلف العقود المصنفة وأشباه العقود التي ترتبط بها، من بيع، ومعلومة، وإجارة، ووديعة، وعارية، وكفالة وغيرها من العقود الثمانية المذكورة، وقد أُلحقت عليه في السنوات الأخيرة تعديلات جوهرية بواسطة مجموعته من القوانين.

534- إن ما يدرج الفقرة بين العقود المدنية والتجارية، ومن ثم دراسة هذه العقود على حدة، هو ذلك الجوهر الخاص الذي تتميز به العلاقات التجارية على وجه الخصوص، فلا يكاد العقد المدني العادي يدخل هذا الجوهر الخاص، حتى يصطبغ بلون الحياة التجارية دون أن يتغير جوهره أو يتبدل طبيعته الداخلية.

535- إن عقد نقل التكنولوجيا، المبرم بين طرفين، هو العقد الأول في الأعمال التجارية. القانون التجاري، الطبعة الأولى سنة 2005 من 258.

المصري- هو اتفاق بمقتضىه يتم بمورد التكنولوجيا بأن ينقل بمقابل، معلومات فنية إلى مستورد التكنولوجيا لاستخدامها في طريقة فنية حاصلة لإنتاج سلع معينة أو تطويرها أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لتقديم خدمات غير أنه لا يعتبر نقلاً للتكنولوجيا، مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع، ولا بيع

لعلامات تجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، ما لم يرد ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطاً به.
 ١٠- بالنسبة للمغرب، عند مساواة مصنف، كل ما لا يترشح مشروع قانون نظم بوجوه عقد نقل التكنولوجيا- يتألف من ١٧ مادة- إلا أنه لم يرد الفرز في بومنا
 وكانت لهذا، فإنه تنص على أنه.

١- تنص أحكام هذا القانون على كل عقد لنقل التكنولوجيا لاستخدامها في المملكة
 لمغرب سواء كان هذا النقل نولي يقع عبر الحدود الإقليمية للمغرب أم ناهيا، ولا
 جزء من الحافز لجسبة أطراف الاتفاق أو لمكان إقامتهم
 ٢- كما تنص أحكام هذا القانون على كل عقد آخر تم تصيغه نقلا للتكنولوجيا.
 في المادة ٣ فقرة كالآتي:

أ- عقد نقل التكنولوجيا اتفاق يتعهد بمقتضاه مصدر التكنولوجيا بأن ينقل المعرفة
 تقنية إلى متلقي التكنولوجيا لاستعمالها في إنتاج السلع أو تطويرها، أو لتطبيق
 طريقة صناعية أو تركيب أو تشغيل آلات أو أجهزة أو لإداء خدمات
 ب- ولا يعتبر نقلا للتكنولوجيا مجرد بيع أو شراء أو تأجير أو استئجار السلع ولا
 بيع العلامات التجارية أو الأسماء التجارية أو الترخيص باستعمالها، إلا إذا ورد
 ذلك كجزء من عقد نقل التكنولوجيا أو كان مرتبطاً به.
 ج- ويعد نقلا للتكنولوجيا على وجه الخصوص ما يلي:
 - البيع أو الترخيص لجميع أشكال العنكب الصناعية باستثناء العلامة التجارية و
 لصناعة أو علامات الحزمة أو الأسماء التجارية، ما لم تكن جزءا من صفقات
 نقل التكنولوجيا.

توفير المعرفة التقنية والخبرة التقنية، خاصة في شكل دراسات جداول وحطط
 ورسوم بيانية ونماذج ومرسفات وتعليمات ووصفات تركيب وتسميات تقنية
 سلبية وتفصيلية.

- خدمات المتخصصة في تقديم الاستشارة الفنية والإدارية وتشجيع المبيعات.

- للخدمات الخاصة بتشغيل وإدارة المؤسسات وبرنامج الحاسوب الآلي.

- تقديم المساعدة الفنية في جميع المجالات.

وعلى هذا الأسس، يمكن القول بأن نقل التكنولوجيا يرد على نقل معلومات تقنية
 لاستعمالها في إنتاج السلع وفي تطبيق طريقة فنية أو تقديم خدمات وإدارة مشاريع
 اقتصادية، وجوهره هو العنصر المعنوي الذي يتمثل في حقوق الاختراع وحسن
 المعرفة التقنية والمعلومات والخدمات التقنية، وخاصيته الأساسية اتصاله بطابع
 فكري.

والقمار التجاري، والوكالة التجارية، والوكالة بالعمولة، والمصرفية والنقل وغيره، إلى جانب العقود البنكية. وكذلك المجلس التشريعي التونسي التي ألغت كلها الحاصل العقود البنكية والعقود التجارية الأخرى⁵³⁶ ولم تحذف عن هذا الملحق مدونة التجارة المغربية، لنفسه وإن لم تكن إلى بعض العقود التجارية المهمة كالبرخص التجارية، والاعتماد المصرفي، والبيع التجاري⁵³⁷ إلا أنها في الملحق نظمت لبرر العقود التجارية، حيث عالجت معظمها في الكتاب الرابع وتناولت بعضها في الكتاب الثاني في حين تركت البعض الآخر لفتقولة نصوص خاصة⁵³⁸.

536- انظر في ذلك:

- عبد الرحيم بحار، الإجراءات التحفظية في مادة العقود التجارية، طبعة سنة 2009، ص 27 سلسلة الدراسات والأبحاث العدد 8 لبرير 2009

537- وذلك على عكس قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 الذي حصص فصلاً لبيع تجاري أي المواد من 88 إلى 118 منه- تناول صفته بعض الأنواع من البيع التجارية، كالبيع بالتقسيط والبيع بصري للتصفية أو المريدة الطينية، ثم عقد القوريد.

538- كالتأمين مثلا لدى مستقل بتنظيمه الظهير الشريف رقم 1.02.238 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتعديل القانون رقم 17.99 المتعلق بمقاييس التسيير - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5054 بتاريخ 7 نونبر 2001، ص 3105- الذي حصص لكتاب الأول من هذه الأحوة لعقد التأمين علما أنه عدل بالظهير الشريف رقم 1.06.1 الصادر في 14 جويلير 2006 بتعديل القانون رقم 19.05 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5399 بتاريخ 27 جويلير 2006 ص 525- الصغير والمتمم بالظهير الشريف رقم 87.165 الصادر في 30 نونبر 2007 بتعديل القانون رقم 03.07 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5988 بتاريخ 13 جويلير 2007 ص 4066 وغيره ونعم بموجب القانون رقم 59.13 الصادر في 25 غشت 2016.

ومما يجدر الإشارة إليه، أن التأمين بالإنسلاط القفلة -أي التأمين الذي يمارسه شخص بمعددا كإطار للتأمين مناسب له شكل شركة مساهمة، وهي شركة تجارية قانونية مسلمة بعض القواعد وأعراف التجارة بكرة القانون بمجرد تأسيسها على وجه بحرية أو جوية في مقبول لسلط مختلفة بمقاييس المراسم- يعتبر من بين الأنشطة

المبحث في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية

وهو يتعلق بدراسة العقد المبحث التمهيدي، لأنها ستتصب على مفهوم العقد التجاري وأحكامه الخاصة، مع الوقوف عند موضوعه لملقا من تصبغه الفقهي وتنظيمه القانوني، وذلك كالآتي:

التجارية الجديدة التي نصت عليها مدونة التجار في الفصل الثامن من المادة السابعة، مستوحاة من نوع آخر من الفاسين ألا وهو الفاسين التفاضلي الذي لا يفرم على التصارية على تحقيق الربح، وإنما على الصغار المبادى بين فئة معينة من الأشخاص ضد إصدار محتملة معينة عن طريق التبركك بنفها مزلأ إلى الجهة المؤمنة بموجب الصارة المحتملة التي قد تلحق بخدم في حالة بمرصه الحظر.

أنظر في هذا المعنى أيضاً:

- أحمد القروحي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون المغربي والنظير المنأون ولاجهاد الفصالي الطبعة الثانية سنة 1999.

المطلب الأول مفهوم العقد التجاري

إن محاولة تحديد مفهوم العقد التجاري وموضوعاته وإسقاط الأحكام الخاصة به، لا تعد بالنظر إلى ما تنطوي عليه من صعوبة من نقل وزن مجرد خطوة عادية تندرج في إطار المقدمات التي يمهّد بها للمواضيع، وإنما هي مساهمة في إرساء أرضية لحققة جد مهمة في البدء المنطقي والمادي لهذه الدراسة بشكل عام تتعدّد مطلقاتها من مجهودنا الشخصي المتواضع تلمّلاً وتصوراً، ومرجعياتها من النصوص التشريعية والاجتهادات الفقهية والقضائية.

وعلى أي، فإن مضمون هذا المطلب سيتحور حول استجلاء مفهوم العقد التجاري من خلال النصوص التشريعية والآراء الفقهية ورمز بعض اجتهادات القضاة الرامية إلى تبسيط المعايير المحددة له. وعلى هذا الأسس سنقسم هذا المطلب إلى فترتين يتناولهما تباعاً كالآتي:

الفقرة الأولى: الصياغة التشريعية والفقهية لمفهوم العقد التجاري

في حدود المقرر الذي رويناه به مادة للبحث التي بين أيدينا، لا يسهل سوى القول بأن جل القوانين التجارية، ومنها مدونة التجارة المغربية، لم تنص صراحة على تعريف للعقد التجاري⁵³⁹ يسمح بملامسة مفهومه والكشف عن سماته الأساسية المميزة له، أما الفقه فذهب إلى مواقف متباينة في هذا الشأن.

⁵³⁹ - بل اختلفت بعض الأنظمة الأصل التي تعتبرها تجارية.

أولاً تعريف للمصطلح للعقد التجاري

على الرغم من المصانة التي يتبرأها العقد التجاري، ليس محسوباً بعموم، ولكن بوصفه بحدى القنات للتبادل الثروات والخدمات في حدود التجاري، أو بالأحرى إحدى الأنواع القانونية المهمة التي يتم بواسطتها إبرام التصرفات وبجاء المعاملات فإن معظم المشرعين لأن عملوا على تنظيم أهم العقود الشائعة بما يتفق وطبيعة النشاط التجاري الذي يقوم على السرعة والائتمان، واهتموا بتعريف كل عقد تجاري على حدة، إلا أنهم تركوا للفقه والقضاء أمر تعريف العقد التجاري بصورة علمية.

ثانياً، تعريف الفقه للعقد التجاري

ورد الإشارة في البداية إلى أن جانب من رجال الفقه القانوني لا يمتنع هذه التسمية: "العقد التجاري" ويجد أنها تشير للجل بظراً لافتقارها للضبط والتحديد رغم استعمالها من لدن المشرعين وورودها في شروحات الفهاء وحكام القضاء ويعبر بعضهم عن ذلك بالقول:

- "إن مصطلح "العقد التجاري" وإن كان ذائع لاسمها، إلا أنه يحتر إلى الدقة والتحديد، ذلك أنه لا توجد عقود تجارية بالمعنى المعروف من هذا الاصطلاح، بل إن العقود التي ينظمها قانون الموحدين والعقود قد تكون عقود تجارية إذا اندرجت في عدد الأصل التجارية".⁵⁴⁰

- "إنه من الصعب وضع تعريف معين للعقود التجارية لو إحصاءها لأي تحديد، ذلك أن كل عقد وارد في القانون المدني من

540- مصطفى كامل طه، العقود التجارية وعملات السوق، دراسة مقاربة فقهية الأولى- سنة 2010، ص 201

الجائر استخدامه في ميدان التجارة، ولا يمكن حصر كل التعهدات التي يتبادلها التجار⁵⁴¹

"A vrai dire, l'expression que nous avons employée pour servir de titre à cette partie 'Principaux contrats commerciaux' est d'une exactitude discutable."
Il n'y a pas de contrats commerciaux. Un contrat nommé est civil ou commercial suivant les personnes qui le passent et le dessein qu'elles poursuivent en contractant.⁵⁴²

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن ما يمكن ملاحظته عليهم أيضاً، كونهم لجأوا في القول بالصفة التجارية للعقد، إلى نظرية الأعمال التجارية، ولا أدل على ذلك ما صرحوا به في كتاباتهم ذايمين إلى أن:

"..العقد-أي عقد- قد يكتسب لصفة التجارية بتطبيق أحد المعايير المقررة للعمل التجاري. ومن ثم يعتبر العقد تجارياً بنص القانون إذا فدرج في تعاريف... الأعمال والمشروعات التجارية. وطبقاً لنظرية الأعمال التجارية بالنتيجة، فإن العقد يعتبر تجارياً إذا أبرمه تاجر لاحتياجات تجارته. وقد يكون العقد عملاً مختلطاً أي تجارياً بالنسبة لطرف ومنهياً بالنسبة للآخر على النحو المعروف في نظرية الأعمال التجارية⁵⁴³."

"- إلى العقد يكتسب الصفة التجارية لأسباب لا تتعلق بطبيعته لذا ينتج منظر غامضة للنقد، نحو نظرية الأعمال التجارية بنوعيتها الأصلية والنتيجة لتحديد صفة العقد

541 محمد السيد القلي، القانون التجاري: الإفلاس، العقود التجارية عمليات البنوك الطبعة الأولى سنة 2010 ص: 201

542-Georges Ripert, René Rodière Traité de Droit commercial Tome II 14 éme Edition Par Philippe Delcroix et Michel Guzman, F 570.

543- محمد السيد القلي، مرجع سبق، ص 101

بل قد يكون تجريب متى كان موضوعه القيام بعمل تجاري من الأعمال التي حددها المشرع... في قانون التجارة بوعيها الأصلية والتبعية لتعطي صفة العقد.

بالمعنى التجارية هي الأعمال التجارية في الصورة القانونية للعقد سواء بالنسبة لطرفي العقد أو بالنسبة لأحدهما.

وبعبارة أخرى، لكي يلتزم بعد تجاريا متى نشأ في ذمة شخص، سواء كان تاجر أو غير تاجر من تصرف بعد عملا تجاريا، وبالتالي فإن العقد الذي نشأ هذا الالتزام بعد عقدا تجاريا⁵⁴⁴.

وفي معرض حديثه عن الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية أكد أحد رجال الفقه القانوني المغربي بأن:

- "... فإن ارتباط صفة العقد بالقائم به وبالنشاط الذي يمارسه أمر واقع. فهذه العقود التجارية التي نكرها المشرع في مدونة التجارة لسنة 1996 وفي المدونات الأخرى البحرية والجوية وغيرها .. والعقود التجارية التبعية... والعقود المختلطة التي تنشأ بين تاجر وغير تاجر... والعقود المدنية... ولكل من هذه العقود نظرياته وقواعد المتعلقة بالاختصاص والجبره والشكل..."⁵⁴⁵.

كما أشار إلى ما نكره أحد الفقهاء الفرنسيين من أنه:

- "لا توجد عقود تجارية، إن أي عقد محض قد يكون مدنيا وقد يكون تجاريا حسب الشخص القائم به"⁵⁴⁶.

رغم ما يمكن استنتاجه من خلاصة ما تقدم من تعريف، أنها ترتكز في إضفاء الصبغة التجارية على العقد، على موضوعه الذي

544- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 258.

545- أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية والمدنية دراسة معقدة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المدان، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 215.

546- مشار إليه لدى:

- أحمد شكري السباعي، نفس المرجع لعموما إليه في الهامش السابق مع نفس الصفحة.

يكون عبارة عن أحد الأعمال التجارية أحيانا، وأحيانا وحرى على صفة الطرف الذي أبرمه بحيث يكون تجاريا متى كان أحد طرفيه أو كلاهما تاجرا.

الفقرة الثانية: معايير العقد التجاري في اجتهادات القضاة

نظرا لما للقضاء من درجة رفيعة، واعتبارا للدور الحيوي الذي يؤديه في المجتمع، فإن الدولة ما هتت تعتد به كدعمه لنظام حكم ديمقراطي تحمي في ظله الحقوق والحريات وتعارض فيه المصلحة في إطار القانون، ولم تعد تنظر إليه كمؤسسة تتولى فقط الفصل في النزاعات بين الأفراد والجماعات، وإنما أيضا كجهاز توجيه ووسط اجتماعي يقرم بوظيفته باسم الدولة، وكداة للعدل وواجهة إخبارية يلعب الإعلام في بسطها على العيان دورا بارزا

فمئات العصر طرحت أمام الدولة مسؤوليات مختلفة، منها تنظيم القضاء ليتسنى له أن يشارك في التنمية بكيفية فعالة ومجدية وأن يواكب العولمة، وكذا تملّحه بالتقوانين اللازمة التي من شأنها أن تساعد على النهوض بمسؤوليته.

وفي إطار مخطط تزويد المملكة بمؤسسات مهمة في هذا الباب أنتجت الدولة نموجا من المحاكم يتمثل في المحاكم التجارية، قصد المساهمة في تشجيع الاستثمارات الداخلية والخارجية وتقوية النسيج الاقتصادي، والاستجابة لحاجيات وتطلعات الحياة التجارية بكيفية تتسجم مع التوجهات المهيمنة على عالم المال والأعمال.

وهكذا، صدر القانون رقم 53/95 القاضي بإحداث المحاكم التجارية وتم تنصيب مئة منها بكل من: الدار البيضاء، والرباط، وفاس، وطنجة ومراكش، ولأكدير، على أن تغطي سائر الجماعات المحلية للمملكة في ظل التقسيم الجهوي لفترة التسعينات.

وهو تقسيم كان من نتائج ابعاد المحاكم التجارية عن فئة عريضة من المتقاضيين ومن ثم الريادة في تكاليف التقاضي بالنسبة إليها، الشيء الذي حمل الحكومة على الرفع من عددها بإضافة اثنتين ابتدئيتين إحداهما بمكناس والأخرى بوجدة⁵⁴⁷ علوة على تقسيم ثلاث محكم استئناف تجارية بكل من الدار البيضاء وفاس ومراكش، دون أن ننسى العرفة التجارية الموجودة بالمجلس الأعلى⁵⁴⁸ التي تآلف مع النية غرقه السنة⁵⁴⁹.

وباختصار، فإن المحاكم التجارية بدرجةيتها الأولى والثانية -التي لم يكن ميلادها بمحض الصدفة، وإنما على إثر إبعاد أروحية تطبقت مجهودات كبرى بذلتها الدولة في سبيل تحقيق هذا الإنجاز الذي يعد تجربة رائدة لها وقعها في الشأن القضائي- هي عبارة عن أجهزة متخصصة عرر بها المشرع الخريطة القضائية ببلادنا بهدف مواجهة ضرورات العصر وتحدياته وبحكمها مبني منطق المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف على مستوى التكوين والإجراءات، وتخضع للقواعد المقررة في قانون المسطرة المدنية ما لم يصر قانون على خلاف ذلك.

547- عملا بالمرسوم رقم 200.280 الصادر في 20 يونيو 2000 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4810 بتاريخ 6 يوليوز 2000.

548- قبل تغيير هذه التسمية بمحكمة لنفس سنة 2011 بموجب الظهير الشريف رقم 111.170 الصادر في 25 أكتوبر 2011 بتعديل القانون رقم 58.11 لقاضي باستبدال تسمية المجلس الأعلى بتسمية محكمة النقض. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5989 مكرر بتاريخ 26 أكتوبر 2011. من 5228

549- تبعا لما تنص الفقرة 3 من الفصل 16 من ظهير التنظيم القضائي المغير والمتمم بموجب الظهير الشريف رقم 197.65 الصادر بتاريخ 12 فبراير 1997- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4282 التي جاء فيها أنه:

"تقسم -أي المجلس الأعلى- إلى ست غرف، غرفة مدنية وتسمى العرفة الأولى وغرفة الأحوال الشخصية والميراث، وغرفة تجارية، وغرفة إدارية، وغرفة لجنسية، وغرفة جنائية".

وبعد عن المناقشات التي أثارها القانون المحدث لها في صفوف المهتمين ورجال القانون بخصوص عدد من مقتضياته⁵⁵⁰ يكتفي بالإشارة هنا إلى أن المادة الخامسة منه جمعت من بين القضايا التي تختص المحاكم المذكورة نوعيا بالنظر فيها: "الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية"⁵⁵¹

ومن العقود التجارية التي عالحتها مدونة التجارة، تلك التي ساقتها المشرع في كتابها الرابع، وذلك في المواد من 336 إلى 544، وهو تعداد ليس على سبيل الحصر وإنما هو من قبيل التنظيم الذي ارتأه المشرع وبالتالي يمكن أن تضاد إليه مائر العقود التي يستقر العمل على ثبوت طبيعتها التجارية، وكذا تلك التي ترتبط بحوائج أخرى من المادة التجارية كمعقد التأمين والعقود البحرية وعقود البيع الدولية وبحواها.

550- نظر في هذا المصدر:

- بورة غزلان الشوي، المعونات التشريعية للتنظيم القضائي المغربي: دراسة تطليلية من رؤية المقومات الجوهرية للحكمة الجيدة الطبعة الأولى، سنة 2008

2009، من ص 243 إلى ص 250

551- تنص المادة المذكورة أعلاه في فقرتها 1 أو الأخيرة على أنه:

"تختص المحاكم التجارية بالنظر في:

1- لدعاوى المنطقة بالعقود التجارية؛

2- لدعاوى التي تنشأ بين التجار والمتعلقة بأعمالهم التجارية؛

3- لدعاوى المنطقة بالأوراق التجارية؛

4- النزاعات النشأة بين شركاء في شركة تجارية؛

5- النزاعات المنطقة بالأصول التجارية

بحسب الأنطراب الاتفاق على عرض النزاعات المبيئة أعلاه على مسطرة التحكيم وفق أحكام الأصول من 306 إلى 327 من قانون المسطرة المدنية".

لأخذ فكرة عامة عن المحاكم التجارية، انظر

- بورة غزلان الشوي، التنظيم القضائي للمملكة: دراسة للنسب الأسلي وفق رؤية قانونية منذ فترة ما قبل الحماية إلى غاية الألفية الثالثة الطبعة الأولى، سنة

2010، من ص 221 إلى ص 239.

وبلدي في عملية تكيف ما إذا كان العقد تجارياً أم لا، تفرض
نفسه أمام القضاء بالنسبة للعقود غير المنظمة في المدونة، أما تلك
التي فيها هي تجارية بنص القانون الذي يعتبر المرحع الأسس فيما
لا يورع في طبيعتها التجارية. وهكذا، فإن الجهة المختصة بتحديد ما
إذا كان العقد تجارياً أم لا، هي المحاكم التجارية.

والعودة إلى مجموعة من الأحكام والقرارات الصادرة عنها
ينصح أن هناك عنصرين أساسيين يحكمان العقد التجاري: أحدهما يكمن
في ضرورة البحث عن الصفة التجارية لطرفيه، والآخر يركز على
المصرح، بحيث إذا كان عبثاً عن أحد الأنشطة التجارية المبيحة في
مدونة التجارة، فإن العقد يكون تجارياً.

أولاً: معيار صفة القائم بالعمل محل العقد

اعتمدت بعض المحاكم التجارية كمحدد أساسي لإضفاء الصفة
التجارية على العقد على صفة القائم بالعمل محله، ومن بين اجتهاداتها
في هذا الصدد ما يلي:

- "إن صفة طرفي النزاع كتاجرين، يصح على العقد تبرم
بينهما بشأن كراء المحل... صفة عقد تجاري تخضع للمحكمة التجارية
بنظر النزاعات المترتبة عن تعهده...⁵⁵²

- "اعتباراً لما ذكر يكرر من التثبت في البارة أن طرفي العقد
معا يكتسبان الصفة التجارية والعقد تبرم بينهما عقد تجاري وبالتالي
فالأختصاص بالبت في النزاع الناتج عن العقد المنكور ينحدر للمحكمة
التجارية"⁵⁵³.

⁵⁵² - حكم المحكمة التجارية بمركن المنشور بمجلة المحامي، العدد 34، يناير

1994، ص 177.

⁵⁵³ - قرار غير منشور لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

- حيث يتجلى من وثائق الملف ودفعات الأطراف له ليس هناك معارضة في صفتها كتجارين.

وحيث إن عقد الكراء المبرم بينهما يتعلق باستغلال محل تجاري يشعه لمصانف عنيهما لبيع المواد الغذائية، وبالتالي فهو عقد تجاري⁵⁵⁴.

- "لكن حيث إن المحاكم التجارية ينعتق لها الاختصاص طيفا للمادة الخامسة من القانون المحدث لها إذا كانت المعارضة بين تاجرين لما إذا كان الطرف المدعى عليه غير تاجر فإنه لا تصبح مقاضاته إلا أمام المحاكم العادية⁵⁵⁵".

ثانياً، معيار طبيعة العمل محل العقد

أصدرت أيضاً المحاكم التجارية أحكاماً وقرارات يتضح من حيثيتها أخذها بعين الاعتبار طبيعة العمل محل العقد في تحديدها لمفهوم العقد التجاري، نذكر منها ما يلي:

- "طبقاً لمقتضيات الباب السابع من مخرمة التجارة، تعد من العقود التجارية، الحسابات البنكية المفتوحة للزيائن، وكذا عقد القرض المبرم مع لبنك بمناسبةها بغض النظر عن صفة المتعقد هل هو تاجر أم لا وبالتالي فإن المحاكم التجارية محتصة طبقاً لقانون إحداثها⁵⁵⁶".

- "عقد القرض البنكي عقد تجاري بغض النظر عن طرفيه⁵⁵⁷".

554- قرار صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء مندر إليه لدى عبد العالي الصراوي، صلاحية المحاكم التجارية ثبت في دعوى الأكرية التجارية على سوء لاجتهاد لتفتي الطبعة الأولى. سنة 2002، ص 59

555- قرار محكمة الاستئناف التجارية بدس رقم 17 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2000، المنشور بمجلة المحاكم التجارية، المند الأول، ماي 2004، ص 101.

556- قرار محكمة الاستئناف التجارية بدس رقم 125 الصادر بتاريخ 12 نونبر 1998 في الملف عدد 98.205 المنشور بمجلة المصور - العدد 24 - ص 1873.

557- قرار غير منشور صادر عن محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء

«حيث إنه لئن كانت العقود المدنية تُعد أوراقاً رسمية في مفهوم
قنن 418 من قانون الالتزامات والعقود وكان رئيس المحكمة التجارية
مختصاً بالنظر في مقالات الأمر بالأداء المعينة على السندات الرسمية
إلا ذلك مشروط بأن يكون العمل تجارياً بالنسبة للمتعاقدتين معاً.
وحيث تبين من خلال فحص الوثائق المرفقة بالمقال أن أحد الأطراف
هو المستأنف عليه.. لا يعتبر تاجر لأن مهنته عامل، ويبقى
لاختصاص غير معتد لرئيس المحكمة التجارية... ولما لرئيس
المحكمة الاستئنافية»⁵⁵⁸.

وتعتقد أنه لا مجال للاستعانة من موقف النصاء المعقري بشأن
هذا الموضوع، لاسيما وأن العمل الذي يعمل فيه القانون التجاري
تتارعه نظريتان ثابتت بخصوصيتهما وجهات نظر رجال الفقه
القانوني، ويقصد كلا من النظرية التخصصية التي تجعل من القانون
التجاري قانون تجاري دون غيرهم من الأشخاص ولو قسّموا بأعمال
تجارية، ثم النظرية الموضوعية التي تتمحور حول كون القانون
التجاري هو قانون الأعمال التجارية، أي أن أحكامه تسري على العمل
التجاري بصرف النظر عن شخص القوم به ولا تشمل غير العمل
التجاري حتى ولو بشره تاجر ما لم يكن يتعلق بتجارته، حيث يصبح
في مثل هذه الحالة عملاً تجارياً بالتبعية.

ولما صدرت مدونة التجارة، كان من الطبيعي أن يطرح التساؤل
مرة أخرى حول الأسس الذي اعتمد في بنائها،
وعلى ما يبدو، فإنها أخذت بالنظرية التخصصية من خلال إعطاء
الأولوية لتحديد للتاجر، أما تحديد الأنشطة التجارية، فجاء بشكل تبعي

558- قرار محكمة الاستئناف التجارية بعين رقم 99134 الصادر بتاريخ 22 مارس
1999، المنشور بمجلة المحاكم التجارية العدد الأول، ماي 2004 ص 98

ولكي تنتقل الصفة التجارية من الشخص إلى المعد، ينبغي أن تتكرر
مزاولته على سبيل الاعتياد أو الاحتراف⁵⁵⁹.
كما أنها تبت النظرية الموضوعية، عن طريق تنظيم بعض الأعمال
التجارية في ذاتها وإخضاعها لأحكامها بغض النظر عن القوائم بها
وبالتالي فإن اكتساب صفة تاجر لا يمكن أن يتلقى إلا عن طريق
مباشرة النشاط التجاري، أي أنه من هذا الأخير تنصرف الصفة
التجارية إلى ممارسته⁵⁶⁰.

559- الاعتياد هو التكرار المادي لتعاطي نشاط تجاري معين وذلك بصرف النظر
عن استقرار أو عدم استقرار سلوك من هذا القبيل في نفسية الممارس لهذا النشاط
وبصرف النظر كذلك عن طول أو قصر المدة الزمنية التي تحقق فيها هذا التكرار
من طرف الشخص المعني بالأمر

أما الاحتراف فهو به توجه نشاط الإنسلي بشكل مستمر ومنظم لممارسة عمل
معين واتخاذ مهنة من نفس إشباع حاجاته، أي أنه يتخذ سهلاً للارتقاء.
- عزيز المكيلى، مرجع سابق، ص 134 و 135.

- أحمد المروحي، لتاجر وفنون التجارة بالمغرب، مرجع سابق، ص 23 ومن
26

560- المريد من التمهيد في هذا الصدد، انظر مثلاً:

- فواد مغل، مرجع سابق، من ص 65 إلى ص 76.

المطلب الثاني الأحكام الخاصة بالعقود التجارية

إن إطلاق عبارة للعقود التجارية على طائفة من العقود، لا يحول دون خصوصيتها للقواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني في كل ما لم يرد بشأنه نص أو عرف تجاري خاص، وفي حدود اتفاقها مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري، الشيء الذي يستتبع من العادة القانونية من مدونة التجارة التي تنص على أنه:

"يصل في المسائل التجارية بمقتضى قوانين وأعراف وعادات التجارة أو بمقتضى القانون المدني، ما لم تعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري".

ومع ذلك، حتى في هذا الإطار نطّل للعقد التجاري سماته الخاصة من أوجهها أنه إذا كانت قواعد الإيجاب والقبول كما هي مقررة في القانون المدني تنطبق على العقود سواء كانت مدنية أو تجارية، إلا أنه في ظل هذه الأخيرة كثيراً ما يكون الإيجاب عاب موجهاً إلى الجمهور وإذا كان السكوت لا يرقى في الأصل إلى درجة اعتباره قبولاً فإنه يجد في الحقل التجاري مجالاً واسعاً متى كان هناك تعامل متفق بين المتعاقدين⁵⁶¹ كما أن عدداً من العقود التجارية يتخذ صيغة النموذج

561- على أن البيان أن السكوت المجرد لا يرقى مبدئياً إلى درجة التعبير عن الإرادة في التشريع المغربي، غير أنه إذا كان مقترناً بظروف ملائمة تسمح باليستنباط منها قبول المتعاقد بالعقد بشكل واضح، فإنه يعد قبولاً منه، ويكون السكوت أيضاً بمثابة قبول متى وجد عرف تجاري أو تعامل متفق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب قد وجه لمنفعة الموكّل، وهو ما يمكن استنتاجه من كل من الفصل 25 من قانون الالتزامات والعقود الذي يقضي بأنه:

"عندما يكون الرد بالقبول غير مطلوب من الموجب، أو عندما لا يقتضيه العرف التجاري، فإن العقد يتم بمجرد شروع الطرف الآخر في تعديده ويكون السكوت عن الرد بمثابة القبول إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلاً بين الطرفين".
وكذا الفصل 18 منه الذي جاء فيه ما يلي:

الذي يحتوي على الشروط العامة التي تصعبها سلفا جهات معينة وتعرضها على زبائنها وغير ذلك

وبتعبير آخر، فإن العقود التجارية لا تستقل بنظرية خاصة بها بل تنصص للنظرية العامة للالتزامات والعقود⁵⁶²، ما هيئ عن أنها تنفرد بأحكام بقضيتها بالضرورة كل من عنصر المعرفة والاتصال⁵⁶³ للذات

"بموجب استنتاج الرضى أو الإقرار من السكوت إذا كان الشخص الذي يحصل التصرف في حقوقه حاضرا أو أعلم بحصوله على وجه سليم ولم يتعرض طوله من غير أن يكون هناك سبب مشروع يبرر سكوته".

562- عرير العكيلي، مرجع سابق، ص 257 وص 258.

نجد على سبيل المثال أن المشرع يحول صراحة في الكتاب الرابع من مدونة التجارة على قانون الالتزامات والعقود كما فعل بخصوص كل من الرهن والسمرة والوكالة بالعمولة.

فالمادة 337 منها تنص في الفقرة 1 على أنه:

"يحصص الرهن التجاري للمنقول المنشأ من تاجر أو غيره بمناسبة عمل تجاري للمقتضيات العامة الواردة في الفصول من 1184 إلى 1230 من المظهر الشريف المؤرخ في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) لمتعلق بالالتزامات والعقود...". وتنص الفقرة 2 من المادة 405 منها بأنه:

"تتصص علاقات السمسار مع المتعاملين للمبادئ العامة التي نصري على عقد إجارة للصناعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة...". وتعد الفقرة 2 من المادة 422 منها بأنه:

"يخضع عقد الوكالة بالعمولة للمقتضيات المتعلقة بالوكالة...".

563- الائتمان تقنية يقوم من خلالها الدائن ببيع ثقته للمدين وذلك بقرضه مالا مائنا أو توريد ما يحتاج إليه من منتجات أو بضائع أو غيرها، مقابل أداء ما ترتب في نمته بطول أجل الاستحقاق.

- محمد لفرجي، سموبت المقايمة والمساخر النصائية الكفيلة بمعالجتها، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 7.

ويشير المشرع المغربي عملية عن عمليات الائتمان تطبيقا للمادة الثالثة من ظهير 24 نونبر 2014- "كل تصرف يعرض بمقتضاء شخص من الأشخاص بوصف أموال أو الائتم بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزما بالرجاعها، أو الائتم بصلحته عن طريق التوقيع في شكل ضمن احتياطي أو كفالة أو أي ضمن آخر...".

يشكل أساس القانون التجاري، كحرية الإثبات، وتقصير أجل التقدم
واعتراض الخصام بين المدينين وغيرها، والتي ليست في الواقع سوى
الأحكام الخاصة بالعمل التجاري⁵⁶⁴ والتي دأب رجال العهد القلوبي
على سيقها عادة عند تمييزهم للأعمال التجارية عن نظيرتها
المدنية⁵⁶⁵.

وفي جانب شركات التمويل، تحت البنوك مكن الصدارة في مجال توزيع
الائتمال.

للاطلاع على نور ومكانة البنك في توزيع الائتمال، انظر:

- محمد الفرجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي مرجع سابق
ص 315، وص 316.

564- في هذا المعنى قول:

"إن العقود التجارية لا تختلف عن العقود المدنية في الأحكام الخاصة بانعدامها
وبعدها ولتقصاتها لكون هذه الأخيرة هي عقود مدنية ولكنها تتعد صفة العقود
التجارية عندما تتعلق بالأعمال التجارية التي وردت في المادة السادسة والسابعة
من مدونة التجارة، لو أنها تتعد الصفة التجارية بسبب صدورها من له صفة
لتاجر بمداينة ممارسته لنشاطه تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية
وبإذ كانت العقود التجارية تتعلق بالأعمال التجارية، فإنها تخضع للقواعد العامة
المتعلقة بها والتي تبتد عن قواعد العقود المدنية..."

- عبد الرحيم بشار، مرجع سابق، ص 272.

565- انظر على سبيل المثال:

- فؤاد معلال، مرجع سابق، من ص 17 إلى ص 22.

- عز الدين بسمتي، دراسات في القانون التجاري المغربي: دراسة مقارنة على
ضوء المستجدات التشريعية للراية بالمغرب، الجزء الأول: النظرية العامة
للتجارة والتجار. الطبعة الثانية مزيدة ومنقحة. سنة 2001، من ص 92 إلى ص
101.

- فريدة الهموري، مرجع سابق، من ص 34 إلى ص 42.

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، من ص 60 إلى ص 70.

الفقرة الأولى: عنصر المعرفة في المعاملات التجارية

حاشا للمعاملات المدنية التي خاصيتها الثبات والاستقرار والبطء تتميز لمعاملات التجارية من حيث إنجازها وتنفيذها بالسرعة والناحية سريّة تردد - قد يجازف أو يغامر في القيام بعملية أو إبرام صفقة ما والهدف يحثه الى عدم نصيب فرصة الربح التي لا تحصل الانتظار بل إن العصر منها قد يكون محطه شبه تعرض للثب فيما لو تعطلت الإجراءات المتعلقة به.

ومعنى ذلك أن المعرفة تتلاءم وطبيعة النشاط التجاري وتتطلب دعامة أساسية فيه، شأنها في ذلك شأن الائتمان وقد أسفر اعتمادها عن ظهور أحكام خاصة كرسنها مدونة للتجارة، من بينها تقرير حرية إتيان التصرفات القانونية في العادة التجارية بكونه الطرق مهما كانت قيمتها، ما لم يعرض القانون أو الاتفاق بعكس ذلك ولتتبدد في منح المدين بدير تجاري مهلة للوفاء به، وتقصير أجل تقادم الدعوى الناشئة عن الالتزامات التجارية، وفتح المجال أمام المتقاضين لعرض دواعيهم التجارية على نضر المحاكم التجارية و على التحكيم.

أولاً: حرية الإتيان في المعاملات التجارية

مرت المعاملات التجارية بتحويلات كبرى فعلت أكثر معرفة وأوسع اعتماداً لاسيما مع الثورة التكنولوجية التي مكنت النمط الآلي من غزو مختلف الصناعات الى درجة أنه يكاد يحرك كل شيء في عالم المال والأعمال.

ولم يزل هذا الوضع، كان من الطبيعي إعادة النظر في نظم الإتيان لكي يلائم البيئة التجارية ويصبح قادراً على استيعاب ما يستجد فيها.

لذا، فإن اعتماد حرية الإثبات كمبدأ عام في هذا الباب، وبالتالي تحرير العمل التجاري من العبود بعد من الحيرت للمطقية والسلبية⁵⁶⁶.

وعلى أي، فإنه يراد بالإثبات عموماً تأكيد الحق بالبيبة أو الحجة بمعنى إقامة الدليل أمام القضاء على واقعة معينة ترتب آثارها القانونية وذلك بالمصرف القانونية⁵⁶⁷ على أن يتحمل عبء الإثبات من يدعي خلاف الوضع الثابت أصلاً أو ظاهراً⁵⁶⁸.

وإذا كان الأصل في العادة المدنية⁵⁶⁹ أن:

"الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود، ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإن اتضى الحال أن تعد بشكل

566- ويعل السبب في تقرير مبدأ حرية إثبات كما قيل في "الأعمال التجارية تقوم على السرعة والانتشار. فلتأخر لا يمكنه لعدم بتحرير دليل كتابي عن كل عمل تجاري يقوم به في نفس اليوم. كما أن لسعال لغرس والمبكرة السريعة دون تردد أو تصحيح الوقت من قبله للقيام بالأعمال التجارية، تعتبر من بين نوافع الأعداء بالحرية بالإثبات والإبعاد عن الشككية التي تتطلبها الحياة المدنية.. غير أن هذا المبدأ ترد عليه بعض الاستثناءات الخاصة ببعض المعاملات التي يتطلب الأمر إثباتها كتابية...".

فريدة التوموري، مرجع سابق، ص 36.

567- إن طرق الإثبات المقررة قانوناً، طبقاً للفصل 104 من قانون الالتزامات والعقود، هي: إقرار الخصم، والحجة الكتابية، وشهادة الشهود، والفريدة، فليمن وفنكرل عنها.

568- عملاً بمقتضى الفصل 109 من نفس القانون المذكور في الهامش السابق لدى ينص على أن:

"إثبات الالتزام على مدعي".

569- الذي كرسه المشرع المغربي في الفصل 443، علاه من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بواسطة الطهر الشريف رقم 129/1.07 الصادر في 30 نونبر 2007 بسعيد القانون رقم 53.05 المتعلق بتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية

إلكتروسي أو توجه بطريقة إلكترونية" واستثناء من ذلك، بعض الإثبات بشهادة الشهود "...بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم محر المادة يتطلب الدليل الكتابي لإثباتها⁵⁷⁰" وفي لقاعدة التي تقتضي بمدرسة التجارة كتابها الرابع بعضي حصوع المادة التجارية لمحربة الإثبات، ما لم ينص القانون أو الاتفاق على ضرورة لإثبات بملكية⁵⁷¹.

570- حصصا بقيد به الفصل 448 من قانون الائتماني والعقود، إذ جاء فيه ما يلي: "استثناء من الأحكام السابقة، يقل الإثبات بشهادة الشهود".

1- في كل حالة بعد فيها الخصم للمحرر الذي يصنع الدليل الكتابي للالتزام به أو التخل من التزام عليه نتيجة حادث فحقي أو قوة ظاهرة أو سرقة وتعمص الأوراق المدنية والسندات لحصلها لأحكام خاصة.

2 إذا تصدر على الدائن الحصول على دليل كتابي لإثبات الالتزام، كالحالة التي تكون فيها الائتمانيات بقتنه من تشبه للعقود وعن الحرالم، والحالة التي يراد فيها إثبات وقوع علم مادي في كتابة الحجة، أو حالة لوقائع المكونة للإكراه أو الضرورية أو الاحتمال أو التلبس التي تعيب الفعل القانوني، وكذلك الأمر بين التجار فيما يخص الصفقات التي لم تحر للمدة يتطلب الدليل الكتابي لإثباتها بتغير الحالات التي يتغير فيها على الدائن الحصول على الدليل الكتابي موثول بحكمة القاضي".

571- وذلك على غرار تحديد من القوانين التجارية المقارنة، كالتقانون التجاري المصري الذي ينص في الفقرة 1 من المادة 69 منه على أنه: "يجوز إثبات الائتمانيات التجارية بما كانت هيئتها بكافة طرق الإثبات، ما لم ينص القانون على غير ذلك".

والتقانون التجاري الأردني، الذي صرح في المادة 91 منه بأنه: "لا يحصع إثبات عقود تجارية مبدئي للقواعد المصرية المرصوعة للعقود المدنية مجوز إثبات الحدود المتنازع إليها بجميع طرق الإثبات، مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة".

وبالإضافة إلى ذلك يطلق على هذا الإثبات بدوغيه في أدبيات الفقه القانوني، "الإثبات القانوني أو المعتمد" بالتمسك للمدة الصلبة، و"الإثبات الحر أو المطلق" بالتمسك للمدة التجارية.

للعديد من التوسع بخصوصيهما ولحد فكرة أيضا من الإثبات المختلط راجع: - إبراهيم الطوي العبدلوي. وسائل الإثبات في التشريع لمعني المصري: القواعد العامة بوسائل الإثبات الكتابية كشهادة لقرآن، الأثر أو شهود. طبعة سنة 1990، من حر 10 إلى ص 13.

وفي هذا الصدد، تنص المادة 334 منها على أنه:
 - تنصص المادة للتحررية لحرية الإثبات. غير أنه ينبغي الإثبات بالكتابة
 إذا نص القانون أو الاتفاق على ذلك.
 وهكذا يمكن إثبات سائر المعاملات التحررية - ومنها بيعت قيمتها - بأي
 وسيلة من وسائل الإثبات كشهادة الشهود والقرائن وما إلى ذلك ⁵⁷²
 قلهم إذا نطقت قلائد ⁵⁷³ أو الاتفاق ⁵⁷⁴ الإثبات بالكتابة، إذ عدل
 يجب احترام هذا التقييد ⁵⁷⁵.

572- ويجب ألا تنسى الدور الذي تصطلع به لوثائق المحاسبة في الإثبات في
 المادة التجارية، ليس فحسب على المستوى التطبيقي أو الاقتصادي للمقارنة، وإنما
 أيضا على الصعيد القانوني، ذلك أنها تزلف وسيلة معلة للإثبات أمام القضاء متى
 توافرت معها الشروط المتطلبية قانونا. وفي هذا الصدد، وبعد أن نصت المادة 19 من
 مدونة التجارة على أنه:

"ينبغي على التاجر أن يمسك محاسبة طبقا لأحكام القانون رقم 88 و المنطق
 بالتجارة المحاسبية للرجب على التاجر العمل بها، الصادر بتنفيذ المبرر الشريف
 رقم 192.138 بتاريخ 25 نونبر 1992.

إذا كانت تلك المحاسبة مضمونة بانتظام، فإنها تكون مقبولة أمام القضاء كوسيلة
 إثبات بين التجار في الأعمال المرتبطة بتجارهم". أسلفت فائدة به
 "يجوز للأطراف أن يحتجوا ضد تاجر بمحتوى محاسبته ولو لم تكن مضمونة
 بصفة منتظمة".

573- كما فعل المشرع مثلا في معرض حديثه عن الوكالة التجارية، حيث اشترط
 صراحة إثبات هذا العقد بالكتابة بقرنه في المادة 397 من مدونة التجارة:
 "يثبت عقد الوكالة التجارية، وعند الانقضاء تعديلاته، بالكتابة"

574- إذا كان يجوز للمتعاقد من التجار، الاتفاق على إثبات أعمالهم التجارية
 بالكتابة، فإن المبدأ المستقر عليه هو والعصاء هي مصر، هو اعتبار قواعد الإثبات
 الموضوعية غير متعلقة بالنظام العام، ومن ثم يسوغ اتفاق على مخالفتها صراحة
 أو ضمنا.

وهو نص المحس الذي اتخذه بعض رجال الفقه القفوقسي المغربي، إذ رلوا بأن
 قواعد التي ترتبط بمحل الإثبات وعينه وهرقه لا تتصل بالنظام العام، وبالتالي
 يمكن الاتفاق مقدما على خلافها.

انظر في هذا الصدد:

- عادل حسن علي، الإثبات في المواد المدنية. طبعة سنة 1996، ص 25

وهكذا، فإنه كلما كان العمل تجارياً، إلا وأمكن إثباته بجميع طرق الإثبات، مع مراعاة ما قد يستلزمه القانون أو الاتفاق من إثبات بالكتابة في بعض الحالات.

وإذا كان متدياً، فإنه لا ملخص عندئذ من ثباته دليل مكتسب في الاتفاقات التي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم.

لما بدأ كل العمل محتطاً، فإنه يتعين عندئذ التمييز بين ما إذا كان تجارياً أم متدياً بالنسبة للطرف المطلوب صده الإثبات، فمماثل مع منطوق المادة الخامسة من صيغة التجارة التي تنص على أنه:

"إذا كان العمل تجارياً بالنسبة لأحد المتعاقدين، ومتدياً بالنسبة للمتعاقدين الآخر طبقاً لقواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجارياً، ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه متدياً، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

وبتعبير أوضح، فإنه يجوز للطرف الذي يكون العمل من جهة متدياً يستعمل جميع وسائل الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود أياً كانت قيمة النزاع، في مواجهة الطرف الذي يعد هذا العمل تجارياً من جانبه. أما من يكون العمل تجارياً بالنسبة إليه، فيلزمه الإثبات ضد خصمه بواسطة الدليل الكتابي كلما تجاوز مبلغ الدعوى القدر المخصوص عليه.

- عرفت للمؤلف، الموسوعة الحديثة في أحكام النقص، طبعة سنة 2000، ص 753

- عبد الكريم شهيد، الشارح في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، سنة 1999، ص 399 وما يليها.

575- "في شتراط الدليل المكتسب لإثبات طائفة من الأعمال التجارية - هو على حد تعبير عدد رجال الفقه القانوني - لا يعبر عن في الواقع مع ما تقتضيه طبيعة التجارة من مراعة وبسطة. بل إن القانون التجاري أصبح اليوم يعطي أهمية كبيرة للشكبة، تلك أنه بالرغم من مبدأ حرية الإثبات الذي يحكمه، قبل الممارسة لم يكن للشكبة تسهيل كثيراً العمل التجاري لما توفره من مراعة، وما تلعبه من دور في حل النزاعات".

- فلا ملخص، مرجع سابق، ص 23 و 24.

في الفصل 44 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمنعم بواسطة
قانون رقم 576
33.05

ثانياً: التشديد في منح المدين الإمهال القانوني أو القصصالي

نطلقاً من الفقرة الثانية من الفصل 243 من قانون الالتزامات
والعقود المعدل والمنعم بمقتضى مرسوم 18 مارس 1917 التي جاء فيها⁵⁷⁷
أنه:

١. "بموجب للقضاة مراعاة منهم لمركز المدين، ومع استعمال هذه
السلطة في نطاق ضيق، أن يمنحوا أجالاً معتدلة للوفاء، وأن يوقعوا
بإجراءات المطالبة مع إبقاء الأشياء على حالها" يمكن القول، أن القانون
المدني يأخذ أكثر بعين الاعتبار حالة المدين المتخلف عن تنفيذ
التزاماته، لا سيما إذا كان حسن النية. لذا، أجاز للنفاصي - بصفة
استثنائية - أن يطره إلى أجل معقول كي ينفذ فيه التزامه، شريطة عدم
تضرر الدائن من هذا التأجيل.

ولما كان للوقت قيمة كبيرة في مجال المعاملات التجارية، فإنه لا
يستأاع منح مهلة للمدين من أجل الوفاء بدينه إذ استحلال عليه ذلك في
الأجل المقرر له، لأن من شأن تأخره أن يحق ضرراً للدائن الذي
يعتمد في مزاولة نشاطه على استيفاء حقوقه في مواعيد⁵⁷⁸.

576- فطر في هذا المعنى:

- محمد لمرجعي، التاجر وقانون التجاره بالمغرب، مرجع سابق، ص 399.

577- والتي بعانها إلى حد ما، المادة 125 من قانون الموجبات والعقود البقي
التي تنود بأنه:

"لنفسه أن يطر بعين الاعتبار إلى حالة المدين، إذا كان حسن النية، فيسمح مع
الاحتياط الشديد، مهلاً معتدلة لإنهاء الموجب، ويأمر بتوقيف المداعاة مع إنشاء كل
شيء على حاله، ما لم يكن ثمة نص قانوني مخالف".

578- إلا أن المشرع مع ذلك، خرج على هذه القاعدة في حالات ضيقة ورنيت
الإشارة إليها في منوبة التجارة، وهي تتعلق بالأوراق التجارية وليس بالعقود
تجارية، حيث نرس بالنسبة للكسيلة مثلاً - في الفقرة 2 من المادة 231 - على أنه:

ولذا كانت هذه القاعدة، تنمئش من جهة مع طبيعة الأعمال التجارية التي من مقوماتها السرعة في التعامل مما يجعل التوقف أو التأخر عن أداء الدين مسأ يؤول إلى اضطرابها، فإنها من جهة أخرى تروم كفلة حقوق الدائن وحمل المدين على الوفاء في الأجل المتفق عليه.

ثالثا : تقصير أجال التقادم

إلى جانب الوفاء، واستحالة التنفيذ، والإبراء الاحتيازي، والتجديد والمفلسة، واتخذت النمة، وإقالة الاحتيارية، يقوم التقادم كسبب لانقضاء الالتزامات بصورة عامة⁵⁷⁹.

"لا يمنع أي بهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المادتين 196 و 207 وكذا بالنسبة للشيك، إلا نص في المادة 304 بأنه:
"لا يمنع أي بهال قانوني أو قضائي إلا في الأحوال المنصوص عليها في المدة 291".

وهو ما ركاه أيضا حكم صدر عن المحكمة التجارية بمراكش يتعلق بالسند لامر جاء فيه:

"حيث إن السند بالسند لامر ملزم بالوفاء بقيمته في تاريخ الاستحقاق، وإن المستلف لم يدل بما يهد كونه أدى الألفسط لحقه، وبالتالي فإن الدين أصبح كله مستحق الأداء استنادا على الشرط الاتفالي الوارد في العقد المحرر بين الطرفين بتاريخ 17 يناير 1996..."
مقرر إليه لدى:

- غريدة القوروري، مرجع سابق، ص 42.

وبما يتعلق بالتشريع المقاربة نجد مثلا أن القلقون التجاري اللبنتي يحول للتأصي سلطة ملح المدين مهلة الوفاء ببله حتى بالنسبة للمعاملات التجارية في حالات استثنائية إذا استدعى وضعه ذلك ولم ينجم عن هذا الأجل ضرر للدائن، ما عدا إذا وجد نص في القلقون يمنع هذا الأمر، فشيء الذي يستشف من المادة 260 منه فلي ورد فيها أنه:

"لا بحق للمحكمة في الوسع التجاري أن تمنح للإبراء أجلا جديدا إلا في ظروف استثنائية".

579- كما لما نص عليه المشرع في الفصل 319 من قانون الالتزامات والعقود.

ويقصد بالتقادم مرور مدة من الزمن يمنع القانون بعدها مدعى
للدعوى المطالبة بحق معين. ومن ثم فإن الذي يتقادم هو الحق في إقامة
الدعوى وليس الحق للمطالب به ذاته، أي أنه إذا توانى المراء عن
المطالبة بحق به خلال المدة التي حددها القانون، فإن الجراء المقرر
لإعماله وتقصيره هو حرمانه من الادعاء به.

وإذا كان التقادم يسقط الدعوى⁵⁸⁰ فإنه لا يسقط بقوة القانون
بل لأنه لا يملك المصلحة أن يتسلك به في صورة نفع سلا دعوى يتقدم
به المدعى عليه ردا على ادعاء المدعي، وهو نفع لا يتعلق بالنظام
للعام، وبالتالي فإنه لا يسوغ للقاضي أن يثيرة من تلقاء نفسه⁵⁸¹ ولا
يجوز للمضي بالأمر الإدلاء به لأول مرة أمام محكمة النقض إذا ما
دائته فرصة للنفع به أمام إحدى محاكم الموصوع، كما أنه نفع في
الجوهر لا في الشكل⁵⁸² مما يؤدي إلى عدم قدرة المدعي على إقامة
دعوى جديدة إذا ردت دعواه على سلسله حتى ولو غير الأسباب
أصنف إلى ذلك، أن أثر التقادم ينصرف إلى الدعوى نون النفع⁵⁸³ علما
أن مبريانه يبد من الوقت الذي يعدو فيه الحق مكتسبا أو مستحق
الأداء غير معلق على شرط ولكف بمرتبط بأجل معين⁵⁸⁴.

580- حسب منطوق الفصل 371 نفس القانون لموماً فيه في الهش السابق الذي
جاء فيه أن:

"التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام"

581- عملا بالفصل 372 من نص القانون، الذي يهده إلى:

"التقادم لا يسقط الدعوى بقوة القانون، بل لأبد لمن به مصلحة فيه أن يحتج به.
وليس القاضي أن يستند إلى التقادم من تلقاء نفسه".

582- لأحد فكرة عن هذا النوع من الفروع، ولجع:

- فورة غزلان الشيبوي، نافذة على رسول للتنصبي دراسة مختصرة في ضوء
لانون المسطرة لمدينة المصري، للطبعة الأولى، سنة 2008-2009، هامش كل من
ص 129 وص 130.

583- صحيح أن المشرع لم ينطوق صراحة وبصورة علنية إلى هذه المسألة، إلا
أنه يمكن الاستدلال بما قصي به في الفقرة 2 من الفصل 345 من قانون الالتزامات
والعقود، الذي جاء فيه أنه:

ويشمل التقادم مبدئياً كل التزام وكل دعوى مرتبط به، كما أنه يؤخذ في تحديد مدته في القانون المدني المصري - بالمعادة العامة القائلة بأن كل دعوى ناشئة عن التزام قابل للتقادم ينبغي رفعها في أجل قصاه خمسة عشر سنة⁵⁸⁵ وإلا استتبع سماعها⁵⁸⁶ ما عدا في بعض الاستثناءات المقررة في قانون الالتزامات والعقود، منها على سبيل المثال، أن دعوى التجار بسبب التوريدات التي يزودون بها غيرهم من التجار من أجل حاجات مهتهم، تقادم بخمس سنوات⁵⁸⁷ وبسنتين بالنسبة لتلك التي تتعلق بالتوريدات المقدمة منهم للأفراد لاستعمالهم الخاص⁵⁸⁸ كما تقادم بسنة ذات ثلاثمائة وخمسة وستين يوماً، دعوى لوسطاء من أجل ستياء للعمرة، ودعوى المتعاقدين معهم من أجل

"... لا يخضع هذا الدفع للتقادم..."

584- في هذا المعنى، ينص الفصل 380 من نفس القانون على أنه:

"لا يسري التقادم بالنسبة للحقوق إلا من يوم اكتسابها.

وبدء على ذلك لا يكون التقادم محل:

١- بالنسبة للحقوق المنقطة على شرط حتى ينحقق الشرط.

٢- ..

٣- بالنسبة لكل دعوى تنوق مباشرة على أجل إلى أن يحل تلك الأجل..."

ولجدير بالملاحظة، أن أجل التقادم يحسب بالأيام الكاملة، إذ لا يدخل فيه اليوم الأول الذي يبدأ فيه، ويتم ب انتهاء اليوم الأخير. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن التقادم لا تعرضه حين سريانه عقبات من شأنها إما إزالة كل أثر سابق له فتشكل من ثم سبباً لقطعه أو فقط تعطيل مضيه لتكون سبباً لوقفه.

راجع بهذا الخصوص الفصول من 378 إلى 380 والفصل 386 من نفس القانون

585- وبمفهوم الفصل 375 من نفس القانون، فإنه لا يمتنع للمتعاقدين تمديد أجل التقادم إلى أكثر من خمسة عشر سنة الممندة قانوناً، بمقتضى تعلقات خاصة.

586- الفقرة الذي ينص عليه صراحة الفصل 387 منه بقوله:

"كل لدعوى الناشئة عن الالتزام تقادم بخمسة عشر سنة، فيما عدا الاستثناءات الواردة فيما بعد، والاستثناءات التي يخص بها القانون في حالات خاصة".

587- لنشر لائحة 1 من الفصل 388 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم على التوالي بتاريخ 8 أبريل 938 و6 يوليو 1954 و2 أبريل 1955.

588- انظر الفند 5 من الفقرة 2 من نص الفصل المذكور في الهامش السابق.

ما سبق لهم لأداء ما لفيط بهم من عمال، وذلك ابتداء من إبرام
المعققة 349.

وتتقدم بنفس المدة أيضاً الدعاوى التي نشأت من أجل العزل
والصياح والتأخير وغيرها من الدعاوى التي يمكن أن تنشأ عن عقد
النقل - سواء كانت ضد الناقل أو الوكيل بالعمولة أو ضد المرسل أو
المرسل إليه - أو بمسببته وتحسب بما ابتداء من اليوم الذي كان يجب
فيه تسليم البضاعة، في حالة الهلاك الكلي، أو ابتداء من يوم تسليمها
إلى المرسل إليه أو عرصه عليه في ما عد ذلك من الأحوال 590 وما
إليه من الاستثناءات.

وحروجا على المبدأ العنق المتأصل في المادة المدنية، تبني
المشرع أجلا قصيرا للتقدم في المادة التجارية، مراعاة منه للمعاملات
التجارية التي منطها السرعة 591 حيث جعل الدعاوى الناشئة عن
الالتزامات بمناسبة عمل تجاري بين التجار أو بينهم وبين غير التجار
تتقدم بمضي خمس سنوات 592 ما لم توجد مقتضيات خاصة مخالفة كما

589- أنظر البندان 2 و3 من الفقرة 1 من الفصل 389 من قانون الالتزامات والعقود
المحل والمتمم على التوالي بطويري 8 أبريل 1938 و17 فبراير 1919
590- أنظر البند 4 من الفقرة من نفس الفصل لعموماً إليه في الهامش السابق.
والفقرة 2 منه.

راجع كذلك القرار رقم 2750 الصادر بتاريخ 20 نونبر 1985 في الملف المدني عدد
94863. المتعلق بالتقدم في عقد النقل البحري. -المشور بمجلة قضاء المجلس
الأعلى، الإصدار الرسمي لجنبر 2000 العدد 41 مركز النشر والتوثيق القضائي.
ص 50- الذي مير المجلس الأعلى عيه بين أجل المنقوض وهو تسعون يوما وأجل
التقدم وهو سنة.

591- أر تصمان استقرار المعاملات التجارية، كما ورد في قرار المجلس الأعلى
رقم 1957 الصادر في الملف التجاري عدد 001844 بتاريخ 26 شتنبر 2001.
المشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى الإصدار الرسمي لجنبر 2000 مركز النشر
والتوثيق القضائي.

592- الشيء الذي أكد في إطار المادة 5 من مدونة التجارة.

هو الأمر مفلاً بالنسبة للكمبالة والسند لأمر والشيك^{١٥١} وأما ما يتعلق
بتلك من التجار لا يتأخرون في المعالجة بحقوقهم ويستخدمون في المعاملات
للحصول عليها بسبب حاجتهم الكبيرة إلى المال، ولهذا فإنهم يحرصون
على النزاعات الناشئة عن تلك الأثرامات في أقصى مدّة ممكنة^{١٥٢}

رابعاً: حل المنازعات التجارية من طريق القضاء أو التحكيم

مع مرور الزمن، أصبح توفير المساح للعلائق للاستثمار وترسيخ
دعائم الأمن القانوني في ميدان الأعمال، من الأمور الحيوية
الاستراتيجية المرتبطة بالتنمية، خاصة مع اتساع العلاقات الدولية
وعولمة الاقتصاد ومروعة تحريك الأموال.

وقد عملت السلطات المختصة جاهدة على توفير المتطلبات
المحصرة على المبادرة الحرة وتشجيع المقولة وتأهيلها حتى تكون قادرة
على حوص عصر التنافسية، وكان من أهم المنجزات التي تم تحقيقها

593- بالنسبة للكمبالة، ينص من المادة 288 من مدونة للتجارة أنه:

تتقدم جميع الدعوى الناتجة عنها صد الفين بمضي مئة مئة سنوات ابتداء من
تاريخ الاستحقاق، وتتقدم دعوى الحامل على المظهرين والمالك بمضي مئة
واحدة ابتداء من تاريخ الاحتجاج المحرر ضمن الأجل القانوني أو من تاريخ
الاستحقاق في حالة انقضاء الرجوع بدون مصاديق، في حين تتقدم دعوى
المظهرين بعضهم في مرحلة البعض الآخر وضد المالك بمضي مئة شهر
ابتداء من يوم قيام المظهر برد مبلغ الكمبالة أو من يوم رفع الدعوى ضده.
وتسري هذه الأجل بالنسبة للسند لأمر عملاً بالمادة 234 منها.

أما فيما يتعلق بالشيك، فنص المادة 295 من نفس المدونة على أن أجل التقادم هو:
مئة شهر ابتداء من تاريخ انقضاء أجل التقديم بالنسبة لدعوى الحامل ضد
المظهرين والمالك والمظهرين الآخرين، وبطبق نفس الأجل ابتداء من يوم قيام
الملتزم برد مبلغ الشيك أو من يوم رفع الدعوى ضده بالنسبة لدعوى الملتزمين
بوفاء الشيك بعضهم في مواجهة البعض الآخر. أما دعوى حامل الشيك ضد
المسحوب عليه فتتقدم بمضي مئة ابتداء من تاريخ انقضاء أجل التقديم
594- نظر في هذا المقطع:

- فريدة للمورد، مرجع سبق، من 40.

في هذا الإطار، إحداث المحاكم التجارية بهدف إيجاد هيئات قضائية متخصصة اليت في المزارعات المرتبطة بالأعمال.

ويعد إحداث المحاكم التجارية ببلاندا بموجب القانون رقم 53.95 تجربة رائدة طبعت تاريخ العدالة وسجبت وجودها على مستوى الخريطة القضائية كمؤسسات قضائية متخصصة ينتظر منها ليس فقط الفصل في المزارعات التجارية بكيفية بسيطة وسريعة⁵⁹⁵ وفعالة⁵⁹⁶ بل وكذلك الإسهام في تنشيط العمية التتموية والرفع من وثيرة الأزداهل الاقتصادي والإنعاش لاستثماري⁵⁹⁷.

وما بهما هو أن القانون رقم 53.95 في معرض تعداده للقضايا التي يعقد للمحاكم التجارية لحتصص اليت فيها نوعيا، ذكر العقود التجارية في الفقرة الأولى من المادة الخامسة منه التي جاء فيها أنه:

1- الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية...
فالر عت التي تتشا عن عقود تجارية مبرمة بين التجار تحتص بالنظر فيها إذن المحاكم التجارية، اللهم إذا لتفق الطرفان على عرضها على التحكيم، كما تفيد بذلك الفقرة الأخيرة من نفس المادة:

595- لعل من لبرر ما يطبع القانون القاسي بإحداث المحاكم التجارية ببلاندا، كونه يتضمن العديد من المقتضيات التي يستجيب لعامل السرعة الذي تتسم به المعاملات التجارية، من ذلك كونه جعل إجراءات سير الدعوى وتنفذ الأحكام الصادرة عنها حاصصة لمحد قصيرة، على ما يظهر مثلا من المواد 8 و 14 و 16 و 18 و 23، من القانون رقم 53.95

596- نون الابتعاد طبعا عن المبادئ المألوفة في سير الإجراءات أمام المحاكم العادية الواردة في قانون المعطرة المدنية.

597- للمريد من التوسع والتفصيل بخصوص المحاكم التجارية، راجع :
- نورة غزلان الشوي، التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل ولعميق لمنظومة العدالة : التنظيم القضائي للمملكة في ضوء مستجدات سنة 2016، الطبعة الأولى سنة 2016، الصفحات من 315 إلى 339.

يحوز للأطراف الاتفاق على عرض النزاع لتسببه عند
مسطرة التحكيم وفق أحكام الفصول 596 إلى 598 من قسم
المدنية⁵⁹⁸.

وبعبارة أخرى، فإن المحكم التجارية تخر كمادة في
التي لها طابع تجاري صرف، غير أنه يتم الخروج عن هذه القاعدة
للحالة التي يكون فيها النزاع ناشئا عن عمل محتط حيث هو
الاحتصاص لهذا إما للمحكمة التجارية أو المدنية بنظر لمر
الطرف المدعى عليه: فإذا كل العمل مشتقا من جتنب هذا الآخر وجه
على المدعي مفاضلته أمام المحكم المدنية، أما إذا كان تجاري فتنسب
إليه، فالمدعي الخيار بين رفع الدعوى إما لدى المحكمة المدنية أو
التجارية.

هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإن المادة الخامسة من القانون رقم
53 95 تجيز للأطراف الاتفاق في العمل المحتط على إبعاد الاختصاص
للمحكمة التجارية للنظر في النزاع الناشئ بينهم، إلا أن حرية هذا
الباب ليست مطلقة، بل لعل أن المشرع قرر بموجب بعض الحالات رفع
الدعوى أمام المحكمة المدنية⁵⁹⁹.

⁵⁹⁸ - بموجب المادة 1 من القانون رقم 08-05.

وجاءت المادة 2 من القانون المذكور تنص على أنه:

"تتخذ بصورة انتقالية مخصصات الباب الخامس من قسم القانون من قانون المسطرة
المدنية لمضار إليه اعلاء مطبوعة على:

1- انتقلت التحكيم المبرمة قبل تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

2- الدعاوى التحكيمية التجارية أمام الهيئات التحكيمية أو المعلقة أمام المحكم في
التاريخ المذكور إلى حين تسويتها النهائية واستئناف جميع طرق الطعن".

⁵⁹⁹ - كما هو الأمر مثلا بالنسبة للدعاوى المتعلقة بحوادث السير.

وبما يتعلق بالتحكيم، فمن المعوم أنه يعد من أهم الوسائل البديلة لتسوية النزاعات إلى جانب الصلح والوساطة والتسوية⁶⁰⁰ والتحكيم المجري على وجه الخصوص يستجيب لحاجيات التجار ورجال الأعمال في حل النزاعات بالشكل العملي والفعال نظراً لما يتميز به من سرعة في البت وسرية الجلسات واحترام سلطان الإرادة في اختيار الأطراف لمحكمهم واختيار مكان التحكيم ولعنه وقواعد الإجراءات وقواعد القانون الواجب التطبيق، لذلك وعياً منه بضرورة توعية المقاولات من أجل اللجوء إلى الطرق غير القضائية لحل النزاعات التجارية، قام الاتحاد العام لمقاولات المغرب منذ سنة 1997 بحلق "محس للوساطة" هدفه المساعدة في حل عدد من المشاكل عن طريق الوساطة، والذي تم تحويله فيما بعد إلى "مؤسسة وسيط الاتحاد العام لمقاولات المغرب" لإعطائه وزناً أكبر وجعله قادر على التدخل الفعال في حل النزاعات ذات الطابع التجاري، وكذلك برولا عدد المنظمات السامية لجلالته⁶⁰¹ عملت الحكومة على إدخال هذه الوسائل إلى منظومتنا القانونية والقضائية.

وعلى العموم، فإن مقتضى التحكيم، أن يقوم شخص بعينه المتعاقدان مسبقاً أو يتفق على تعيينه فيما بعد لفض النزاع الذي يمكن أن ينشأ بينهما دون أن يقصدا المحاكم.

600 يتضح من المادة 4 من النظام الأساسي لعرف التجارة والصناعة والخدمات أنه من مهام الدعم والترويج التي تضطلع بها هذه الأخيرة، يحدث مراكز للتحكيم والوساطة التجارية.

601- ونستحضر هنا على سبيل المثال، خطاب جلالة المورخ في 29 يناير 2003 الذي ألقاه بمناسبة افتتاح السنة القضائية ردها فيه حكومته إلى تنويع مسطر التسوية التوافقية لم ينشأ من منازعات بين التجار، واستجابة لمطالبات عمالة الاقتصاد وتنافسيته وجنب الاستثمار الأجنبي.

الوسيط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية.

ويخصص تنظيم التحكيم بنوعيه المدني والتجاري للمعاهد المنصوص عليه في قانون المسطرة المدنية⁶⁰² علم أن الفقرة الأخيرة من المادة الخامسة من القانون المحدث للمحاكم التجارية نص على حرار اللجوء إليه في المادة للتجارية.

ومن للملاحظ، أن التحار والمقاولات التجارية تؤثر اللجوء إليه اعتبارا لما ينطوي عليه من إيجابيات، إذ هو كقضاء للمحيط للمهني يميز بخصوص الفائز به في مجال الأعمال، وكنظام اختاري، يمكن لركون إليه طوعية من أجل فض النزاعات.

602- يرد بالتحكيم في ظل القانون المشار إليه أعلاه حل نزاع من لدى هيئة تحكيمية تتلقى من الأطراف مهمة الفصل في النزاع بناء على اتفاق تحكيم ويكون التحكيم إما خلاصا، حيث تتكفل الهيئة التحكيمية بتنظيمه مع تحديد المسطرة الواجب اتباعها ما عدا إذا سبق للأطراف على خلاف ذلك، أو لغتروا نظام تحكيم معين، أو مؤسستيا، وذلك عندما يحرص على مؤسسة تحكيمية تتولى تنظيمه وصعان حسن سيره طبق لتعليماتها

كذلك يكون التحكيم دوليا، عندما يتعلق بمصالح التجارة الدولية، ويكون لأحد أطرافه على الأقل موطن أو مقر بالخارج، وهو تجري عليه مقتضيات هذا الفرع من قانون المسطرة المدنية، نور الإحلال بما ورد في الاتفاقيات الدولية لمصالح عليها من لدى المملكة العربية والمشور بالجريدة الرسمية.

ما اتفاق التحكيم الذي يكتسي شكل عقد أو شرط تحكيم - فهو التزام الأطراف باللجوء إلى التحكيم قصد حل نزاع نشأ أو قد ينشأ عن علاقة قانونية معينة تعاقدية أو غير تعاقدية.

ويمكن بوجه خاص أن تكون محل اتفاق تحكيم النزاعات لداخلة في اختصاصات المحاكم التجارية صلا-بالمادة الخامسة من قانون رقم 5395 القمسي بإحداث محاكم تجارية، علم بأنه يجوز للمقاولات العامة الخاصة لقانون الشركات التجارية أن تبرم اتفاقات تحكيم وفق الإجراءات والشروط المحددة من لدى مجلس إدارتها أو رقيبها أو أجهزة تسييرها

ويجب عدم الخلط في هذا الصدد بين عقد التحكيم وشرط التحكيم. فالأول اتفاق يلتزم به أطراف نزاع نشأ بينه بمرحى هذا النزاع على هيئة تحكيمية، في حين أن الثاني للفق يلتزم به أطراف عقد بين بمرحى على النزاعات التي قد تنشأ على العقد المذكور.

الفقرة الثالثة، عنصر الثقة والائتمان في المعاملات التجارية

بما أن الائتمان⁶⁰³ روح الحياة التجارية، فإن المشرع وجد من الضروري تدعيمه ببعض الأحكام التشريعية التي تروم المحافظة على حقوق الدائنين وتوفير جو من الاستقرار في محيط البيئة التجارية والتي نريد أن نتناول منها ما يلي:

أولاً، افتراض التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية

يعد افتراض التضامن بين المدينين من أهم الدعائم التي أقرها المشرع لحماية أحد الركائز التي تقوم عليها المعاملات التجارية ألا وهو الائتمان، وإذا كان التضامن بين المدينين لا يفترض في المادة المدنية، وإنما يجب أن ينتج صراحة من السند المنشئ للالتزام، أو من القانون، أو أن يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة، وهي قاعدة ثابتة في قانون الالتزامات والعقود⁶⁰⁴ فإنه يفترض في الالتزامات التجارية⁶⁰⁵ نص المادة 335 من مدونة التجارة التي جاء بها أنه:

603- يحمل الائتمان في معناه تلك الثقة التي بمقتضاها يرتضي أحد طرفي العقد (أصله لمتعاقد الآخر حداً أو بعد حين، لاء معباً قد يكون أمراً أو لاء به) لمساعدته على تحقيق دفع معين، وترد له هذه الثقة كل ما اقترفت بضمان من شأنه أن يؤمن استرداد هذا الأداء.

604- وبالمضبط في الفصل 164 منه.

أما الفصل 166 منه، فنص على أنه:

"ثبتت التضام بين المدينين، إذا كان كل منهم ملتزماً شخصياً بالدين بتمعه وعندئذ يعق للدائن أن يجبر أياً منهم على أداء هذا الدين كله أو بعضه، لكن لا بحق أن يستوفيه إلا مرة واحدة".

605- إذ، كل لا يجوز الاتفاق على تعاضل التضامن بين المدينين بدو تجاري كلما كان هناك نص أمر مثلاً هو الحال بالنسبة للمادة 155 من مدونة التجارة التي نجد في إطار التفسير الحر بما يلي:

"تصلاً من تحقيق مقتضيات المادة، يسأل مكري الأصل على وجه التضامن مع التفسير الحر عن الدو المعترضة من طرفه بمسألة استعلا الأصل ونك في

"يفترض التماس في الالتزامات التجارية".

وبفرض التماس بين المدينين في العادة التجارية لتحقيق مجموعة من الأهداف، منها دعم الائتمان التجاري، وتجنب الأضرار حطر الصعوبة المالية لأحد مدينيه، ناهيك عن أن للمعاملات التجارية طابعها المبررة مما لا يتوفر معه عادة الوقت الكافي لسحب عن مدى يبر كل مدين.

وعلى أساس هذا المبدأ الذي يعد من أهم الدعائم التي لخصها المشرع لحماية الائتمان، وأحد الركائز التي يقوم عليها العمل التجاري بحق للدائش مطالبة إما كان من المدينين في عملية مشتركة بينهم بكل الدين لا يصيب لو بقدر حصته فيه، ويمكنه أن يطالبهم به منفردين كانوا أم مجتمعين، وفي هذا ضمانا لحقوقه فيما لو طرأت لأحدهم صعوبة مالية، إذ يصوح له استيفاء كل الدين من الطرف الآخر، كما لا يجوز لأي من هؤلاء أن يدع في موجهته بالتقسيم، أي دفع نصيبه من الدين أولا ومطالبة الآخرين بالباقي، وإذا قام أحدهم بالأداء، كان له الحق في الرجوع على الباقيين ومطالبتهم بالدين كل بقدر حصته⁶⁰⁶.

بشر عند التمييز لمر وحلال مدة السنة لشهر التي تلي تاريخ النشر "دفعه بمسئف من محتوى الفصل 165 والفقرة 1 من الفصل 912 والفقرة 1 من الفصل 1133 أنه يصوح الاتفاق في لاسد المتنى للالتزم على فيه، حيث جاء فيها تباعا ما يلي - "يقوم التماس بحكم القانون في الالتزامات المتعلقة عليها بين التجار لأغراض المعاملات التجارية، ولك ما م يصوح لاسد المتنى للالتزم أو لقانون بعكسه". - "إذا تعدد الوكلاء بين التماس لا يقوم بينهم إلا إذا اشترط، ومع ذلك فإن التماس يقوم بقوة القانون بين الوكلاء: أولاً -

ثانياً -

ثالثاً: بد، أعطيت الوكالة بين التجار لأعمال التجارة، ما لم يشترط غير ذلك...".

- "لكفاه لا تقتضي التماس، ما لم يشترط صراحة وفي هذه الحالة الأخيرة، وفي الحالة التي تعتبر الوكالة فيها فعلا تجاريا بالنسبة إلى الكفل، تخضع آثار لكفاه للقواعد المتعلقة بالتماس بين المدينين".⁶⁰⁶

- فريدة فيرموري، مرجع سابق، ص 33 و ص 39.

ثانيا: خصائص الفائدة في المعاملات التجارية

الأصل أن يدفع المدين الفوائد عن كل تأخير في أداء دينه يدخل
الأجل المتفق عليه مسبقا بينه وبين الدائن. غير أن تلك الفوائد تختلف
بموجب ما إذا كان الدين منب⁶⁰⁷ أم تجاريا لا من حيث سعرها ولكن
من حيث نظمتها بالنسبة إليهما.

بتعبير آخر، فإنه رغم توحيد سعر الفائدة بالنسبة للمعاملات المدنية
والتجارية⁶⁰⁸ بعد أن كان يميز بينهما بموجب التمييز الشريف الصادر
في 16 يونيو 1950 وتحديدها في 4% بخصوص الفائدة القانونية⁶⁰⁹ و10%
بالنسبة للفائدة الاتفاقية⁶¹⁰.

607- يشتمل قانون الائتمانات والعقود على مجموعة من المقصبات وردت في
فصول من 870 إلى 878 منه في الباب الخاص "بالقرض بفائدة" وهي فواعد
عملة يمكن تطبيقها مع مراعاة الأحكام المخصوص عليها في القانون رقم 1595
بشأن مدونة للتجارة، وكذا القانون المنطوق بمؤسسات الائتمان والمقصود الصادرة
لتطبيقه.

608- وللإشارة، فإنه يجب إعلام الجمهور بالشروط التي تطبقها مؤسسات الائتم
على عملياتها، لا سيما فيما يتعلق بسعر الفائدة المدنية والفائدة والعمولة، خلا
دعمادة 154 من القانون رقم 03.12.

609- من الملاحظ، أن جهات القضاء القصبة المغربي غير مستقرة على التوزيع الذي
يعد به في تصنيف الفوائد القانونية، من ذلك أن ثمة يفتي بأنها تعتبر مستحقة
في تاريخ حطو الدين إذا كان له أجل محدد" وبارة "نكوبها تزدى من تاريخ
التوفيق الفعلي للحساب" وتارة أخرى بأنه "يحكم بها من تاريخ الاستحقاق إلى
تاريخ الأداء".

أنظر في هذا الصدد.

- حكم المحكمة التجارية بمراكش عدد 166، الصادر بتاريخ 23 أبريل 2000
المشهور بمجلة المحامي. العدد 39، من 273.
وكذلك:

- فريدة اليوموري، مرجع سابق، من 39.

610- جاء في الفصل 1 من المصير الشريف الصادر بتاريخ 16 يونيو 1950 بتغيير
للمصير الشريف المؤرخ في 9 أكتوبر 1913 بالمحدد بموجبه في الأمور المدنية

وهو ظهير خاص أشار إليه الفصل 875 من قانون الالتزامات والعقود بقوله:

"في الشؤون المدنية والتجارية يحدد السعر القانوني للعوائد والحد الأقصى للعوائد الاتفاقية بمقتضى ظهير خاص".

لا أنه مع ذلك توجد فروق جوهرية بينهما لعل لبررها، أنه يجوز اعتبار العوائد من رأس المال المنتج لها في الحسابات التجارية بالنسبة للمعاملات التجارية بعد انتهاء نصف كل سنة، حسب ما يحد به الفصل 873 من نفس القانون أعلاه، إذ ورد فيه أنه:

"...يصوغ في الشؤون التجارية احتساب العوائد بالشهر، ولكن لا يصوغ اعتبارها من رأس المال المنتج للعوائد حتى في الحسابات التجارية إلا بعد انتهاء كل نصف سنة" خلاف للمعاملات المدنية بدليل ما ينص عليه الفصل الموالي بقوله:

"يكون باطلا بين كل الناس اشتراط كون العوائد غير المدفوعة تضم في آخر كل عام إلى رأس المال الأصلي لتصبح هي نفسها منتجة للعوائد".

وهذا عن أنه لا يجوز حساب العوائد في المعاملات المدنية إلا على أساس سعر يعين عن سنة كاملة، بينما يتم بالشهر في نظيرتها التجارية بصريح الفصل 873 من نفس القانون، الذي جاء في مطلعته أنه:

"لا يصوغ حساب العوائد إلا على أساس سعر يعين عن سنة كاملة. ويصوغ في الشؤون التجارية احتساب العوائد بالشهر...".

والجارية مدار العوائد القلوية وأقصى للعوائد الاتفاقية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 1968، بتاريخ 14 يونيو 1950، من 1416- أنه:

"يحدد في سنة في المائة 6% مدار العوائد القلوية في الأمور المدنية والتجارية كما يحدد في عشرة في المائة 10% أقصى للعوائد الاتفاقية في الأمور المدنية والتجارية".

والجدير بالملاحظة، أنه تخرج على هذا الإطار الفوائد البنكية لتكون تحديدًا بكون بقرار لوزير المالية مع مراعاة الصلاحيات الممنوحة لبنك المغرب في هذا المصمار⁶¹¹.

دلائل الوقاية من الصعوبات المالية للتاجر ومعالجتها

ظهر نظام الإفلاس كما هو معلوم في ظل القانون التجاري القديم الصادر في 2 غشت 1913 الذي عرفه في المادة 197 منه بقوله: "كل تاجر توقف عن أداء ديونه يعتبر في حالة الإفلاس".⁶¹² وقد عرفت على ذلك آثاراً قاسية إلى لم يحظ للتاجر المتوقف عن دفع ديونه عند الطول و في تاريخ استحقاقها بصلح ودي أو قصاصي - كوضع الأحكام وبيع الأموال الممنوعة والمعارية وما إلى ذلك مما يكون له وقع سلبي وخطير عليه، خاصة وأن الإفلاس ينطوي على معنى التنفيذ على الأموال ربحه مسطرة واحدة⁶¹².

611- لفائدة البنكية في الاصطلاح الاقتصادي هي ثمن خدمة مصرفية، وهي حدد حسب ميكانيزمات السوق أي وفق قانون العرض والطلب، لكن في حدود تفرها السلطات المالية.

وفي هذا المعنى، جاء في حكم صادر عن المحكمة التجارية بمراكش في الملف رقم 99.505 بتاريخ 28 يونيو 1999 المنشور بمجلة الإشعاع، العدد 20 من 209-
لي

"المعنى الأقصى لفائدة البنكية لا يعتبر طليفاً وإنما يحضتع تحطبه بضوابط حددها قرار وزير المالية بتاريخ 20 فبراير 1977
إن للبنك الذي حدد الفائدة بنسبة تتجاوز الحد المقرر قانوناً يكون قد أحل بالضوابط
الراغب على المؤسسات البنكية لتنفيذ دي وأسقط بالتالي قرينة الحجة التي منع بها
القانون كشوف الحساب"

612- أنظر في هذا المعنى:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في مسائل الوقاية من الصعوبات التي تعترض
المقولة ومسلطو معالجتها. دراسة مصفة في فلول التجارة المعري الجديد
والقانون المغارن الجء الأول: في النظرية العامة والأهداف ومسلطو الوقاية من
الصعوبات: الوقاية للدخلية، الوقاية الخارجية والنسوية لودية. الطبعة الثالثة
مريدة ومتمحة. سنة 2007 من 131.

غير أن مذونة التجارة لسنة 1996 استعاضت عن
صعوبات المقولة⁶¹³ التي نظرت إليه في كتابها الخامس - من 545 إلى 732 - الذي يركز على هيكلية قايومية لأنفسه
من الانهيار وضمن استمرارية نشاطها بالطرق الوقائية⁶¹⁴ وذلك اعتباراً للدور الكبير الذي تلعبه
المقولة في التنمية فهي أحد محركاتها الأساسية، لذلك لا غرو أن
أصبحت التشريعات تهتم ليس فقط بتنظيمها، بل وكذلك بحمايتها من
الأخطار التي تهددها، ووضع الوسائل الكفيلة بإنقاذها منها.

وحسبما يظهر من محتوى المواد من 545 إلى 559 من مذونة
التجارة، فإنه يمكن تذكيل صعوبات المقولة التي لم تتوقف بعد عن دفع
ديونها، استناداً إلى طرق وقائيه، منها ما هو داخلي⁶¹⁵ يتصل بحيز

613 - يرد بصعوبة المقولة، تلك الوقائع التي من شأنها أن تحل باستمرار
الاستغلال أو الاستثمار، وتكون ذات طابع مالي كتفهم السيولة والأموال المتدولة
أو تكون مرتبطة بالاستغلال والصاح الاقتصادي، كالمباينة أو الهلاك الكلي أو
الجرئي لأجهزة الإنتاج أو الفحص في الطلب وبحو ذلك، أو تكون ذات طابع
اجتماعي مثل الإصراف واحتلال المقولة من طرف العمال، كما قد تكون أيضاً
ذات طابع إداري كالفسير السيء وما إليه.

ويتم الرتبة من هذه الصعوبات باستئصال تلك الأدلة الأكيدة التي من شأنها
إحداث صعوبات حقيقية أو احتمالية، إما عن طريق التسوية القضائية أو التسوية
القضائية

- أحمد شكري السباعي، التوسيع في مساطر الوقاية من الصعوبات التي تعترض
المقولة ومساطر معالجتها، نفس المرجع السابق، الصفحات: 77 و 78 و 80 و 83.

614 - أحمد شكري السباعي، نفس المرجع المذكور في الهامش السابق، ص 83.

- عبد الرحيم بشار، مرجع سابق، ص 342

615 - في إطار الوقاية الداخلية أصبحت المادة 546 من القانون رقم 13.95 كما
جرت ونصت بالقانون رقم 18.14 تنص على ما يلي

"إذا لم يعمل رئيس المقولة تلقائياً على تصحيح الإخلال الذي من شأنه أن يضر
سبب على مستأهلها، ينع عليه مراتب الصفات أن وجد أو أي شريك في الشركة
الواقعة التي من شأنها الإخلال باستمرارية استغلالها داخل أجل ثلاثة أيام من

الإدارة فحسب - بعداً عن الدائنين والقضاء - التي تفتح حواراً حول
الوقائع التي تم اكتسابها والتي قد تحل باستمرار استغلال المقابلة
وتبحث عن أفضل الحلول وأكثرها فعالية لتصحيح وتسوية وضعيتها
وإعادة القبول الاقتصادي لو المملو أو الاحتياقي إلى وضعه
الطبيعي⁶¹⁶ ويتم تحريك هذه المصطرة من قبل هيئة ثنائية تتمثل في
مراقب الحسابات أو وجد أو أي شريك في الشركة⁶¹⁷.

ومنها أيضاً ما هو خارجي، باعتبار أن الجهات التي تحرك
مصطرة الوفاية الخارجية والتسوية الودية⁶¹⁸ لا تنتمي إلى الهيئات
الداخلية للمعونة ولا تربطها به مصالح مشتركة، وإنما هي تساهم
فحسب في إنقاذ هذه الأخيرة من الصعوبات التي تخرصها، ويقصد هنا

لكنه لها رسالة معصونة مع الإشعار بالتوصل تضمن الدعوة إلى تصحيح ذلك
الإحلال

إذا لم يمتنع رئيس المقولة لذلك خلال خمسة عشر يوماً من التوصل أو لم يصل
شخصاً لو بعد تداول مجلس الإدارة أو مجلس المراقبة حسب الأحوال إلى نتيجة
معينة، وجب عليه العمل على تداول الجمعية العامة المقبلة في شأن ذلك بعد
سماعها لتقرير المراقب⁶¹⁹.

616 - أنظر في هذا السياق:

- أحمد شكري السباعي، نفس المرجع النوما إليه أعلاه من 47.

617 - وهو ما ينصص من مطلع المادة 546 منها

618 - التسوية الودية اتفاق يبرم بواسطة ومساعدة المصالح الذي يعينه رئيس
المحكمة التجارية قصد إجراء مفاوضات توفيقية بين المقارن وكافة الدائنين أو
الدائنين الرئيسيين فقط لاتخاذ التدابير اللازمة لإنقاذ المقولة من الصعوبات
وتسوية وضعيتها. وهو اتفاق يتطلب فيه تصديق رئيس المحكمة التجارية والإيداع
لدى كتابة ضبطها.

ولمجم كلاً من المادة 553 و556 من نفس المدونة.

وأخيراً:

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في سائر الوفاية من الصعوبات التي نعترض

المقولة ومساخر معالجتها، الجزء الأول، مرجع سابق، من 247

كلا من رئيس المحكمة التجارية، والوكيل الخاص، والمعدن،
والدائنون، إلى جانب رئيس المعقولة طبقاً⁶¹⁹.

هذا باختصار عن مساطر الوقاية من الصعوبات، أما فيما يخص
بمساطر المعالجة فيمكن القول في كلمة وجيزة إنها تنطبق⁶²⁰ على كل
تاجر وكل حرفي وكل شركة تجارية، ليس بمقتورهم سداد الديون
المستحقة عليهم عند الحلول، بما في ذلك الديون الناجمة عن الالتزامات
المبرمة في إطار الاتفاق الودي المنصوص عليه في المادة 556 من
مدونة التجارة.

وباعتبار آخر، فإنه ينبغي على رئيس المعقولة المتوقعة عن الدفع
أن يطلب فتح مسطرة المعالجة وفقاً للشروط المقررة قانوناً في هذا
الباب⁶²¹.

وفي هذه الحالة، إما أن يقضي الحكم بالتسوية القضائية فيما لو ثبت أن
وصعية المعقولة ليست محتلة تماماً⁶²² وبالتالي فإنها تستمر في مرولة
نشاطها⁶²³ تحت إشراف القاضي المنتدب والسنديك ومساعدة رئيسها
بعد الإقتضاء⁶²⁴ وبأن يقضي بفتح مسطرة لتصفية القضائية إذا
ثبت أن وصعيتها محتلة بشكل لا رجعة فيه⁶²⁵ مع ما يترتب على ذلك
من تحلي المدين بقوة القانون عن تسيير أموره والتصرف فيها بما فيها

619- راجع على التوالي المولد الآتية من مدونة التجارة 548 و 549 و 553 و 556

620- كما تلزم به المادة 560 من مدونة التجارة.

621- انظر المشروع لشروط افتتاح المولد من 560 إلى 570 من نص المدونة.

622- فيما لا تقضي به الفقرة 1 من المادة 568 من نص المدونة.

623- كما تنص على ذلك الفقرة 1 من المادة 571 منها مع لظن أنه يمكن للمحكمة
في أي وقت أن تأمر بتوقيف المعقولة عن ممارسة نشاطها جرمياً أو كنياً والنطق
بتصفيتها القضائية، وذلك بناءً على طلب ممثل من السنديك أو من مراقب أو من
رئيس المعقولة أو تلقياً، وبناءً على تقرير القاضي المنتدب، عملاً بالمادة 572.

624- انظر في هذا الصدد:

لمحمد تروحي، التاجر وقانون التجارة بالمغرب، مرجع سابق، ص 394.

625- على حد تحيز المشروع في الفقرة 1 من المادة 619 من نص المدونة.

ذلك التي استلحقها بأي وجه من الوجوه، إذ يقوم مقامه في ممارسة حقوقه
رقعة الدعوى⁶²⁶ بشأن دمه المالية المستدك طوال فترة التصفية
المصتية⁶²⁷ ما لم تتطلب للمصلحة العامة أو مصلحة الدائنين ستقرر
شأن المملوثة الحاصصة للتصفية الفصلية، إذ عندئذ يسوع للمحكمة أن
تكن بذلك لمدة تحددها ما تلقاها استنادا إلى سلطانها التقديرية، أو بطلب
من المستدك أو وكيل المالك⁶²⁸.

626- لكن يمكن مع ذلك للمدين -كما يتضح من الفقرة الأخيرة من المادة 619- أن
يمارس الدعوى وأن يتنصب طرفا مدنيا بهدف إثبات إدانة مقتراف جناية أو جحة
في حق، على أن يستحسن التعويض الذي يمكن أن يحكم له به لقاعدة المسطرة
المعقولة.

627- وهو ما تؤكد الفقرة 3 من المادة 619.

628- الشيء الذي يفيد به الفقرة 1 من المادة 620 من نص المدونة

المطلب الثالث

العقود التجارية من خلال تصنيفها وتنظيمها

على غرار اهتمام رجل الفقه القانوني بتقسيم الأعمال التجارية إلى أعمال تجارية أصلية وأعمال تجارية بالنتيجة وأعمال بحرية مختلطة⁶²⁹ فإن البعض منهم عمد إلى تصنيف العقود التجارية بنظر إلى موضوعها⁶³⁰ وانتهى إلى أنه يمكن تقسيمها على هذا الأساس إلى عقود للصنع أو الرهن للتجاري، وعقود الوساطة التجارية، وعقود الخدمات التجارية، ثم العقود البنكية والتمويلية.

هذا بالنسبة للفقه، أما فيما يخص التشريع، فيمكن القول، بأنه كلما كثر تداول عقود ما واشتدت حاجات الأشخاص إليها وتطلبتها ضرورات العصر وإكراهاته، إلا وباتر المشرع إلى قطع اسم عليها ومن أحكام خاصة تنظمها تمييزا لها عن غيرها، علما أن الحلييات والأهداف التي تحركه تختلف من مشرع إلى آخر.

الفقرة الأولى: تصنيف الفقه للعقود التجارية

في عملية تصنيف العقود عموما والتجارية على وجه الخصوص ضمن فئات أو مجموعات لا بعد مجرد نشاط ذهني ينهض به رجل القانون بهدف الحصول على جرد و ترتيب منطقي لها، وإنما هو

629- أنظر في هذا الشأن مثلا:

- فواد معلل، مرجع سابق، ص 83.

- عز الدين بختي، مرجع سابق، ص 1, 3.

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقارنات التجارية والمعدنية: دراسة مسقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المقارن الجزء الأول، مرجع سابق، ص 70.

- عزيز العكيلي، مرجع سابق، ص 70.

630- أنظر في ذلك:

عملية تسبب في معرفة الأحكام التي تسري على كل مجموعة على
صفا،

وكما تم ذكره، فإن جانباً من الفقه قسم العقود التجارية بحسب
موضوعها إلى عقود الرهن التجاري، وعقود الوساطة التجارية، وعقود
الخطاب التجارية، ثم العقود البنكية والتمويلية، والتي سخرج عليها
بحسب النطاق الذي يخدم مضمون هذا المبحث رزقا ومضى وذلك
كالآتي:

أولاً: عقود الرهن والوساطة التجارية

سنتناول ضمن هذه النقطة من جهة عقود الرهن، ومن جهة
أخرى عقود الوساطة التجارية وذلك تناعاً كالآتي:

1- عقود الرهن التجارية

تفرض أحياناً القدرة المحدودة للشخص، اعتماده على الغير في
تمويل ما يريد تحقيقه من مشاريع، لكن حتى تلغ هذه العملية الهدف
لمتوخى منها، وحب أن تتولد الثقة لدى الدائن في المدين الذي مضي
بالدين عند حلول أجله، أي أنه بتعبير آخر، لابد أن يترافق هذا الأخير
على ضمان حماية لحقوق الدائن حالة تعرضه لصعوبة مالية.

لذا، عملت التشريعات المقارنة على وضع مجموعة من الوسائل
لحماية حقه -كحق الحبس وغيره- في مضمونها ما يسمى بالضمانات
العينية³³⁴ التي ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالائتمان والتي يعتبر الرهن من

³³⁴ - إلى الضمانات أو للتأمينات عبارة عن وسائل من شأنها أن توفر للدائن تسيماً

لإداء مبلغ الدين عند عدم تسديده من لدن المدين.
وتنقسم الضمانات إلى شخصية، ونهي إحتاق بدة أو أكثر بجهة المدين لضمان
وفاءه بالالتزام عند عجزه عن ذلك، ومنها كفالة، وعينية، تنشأ عن طريق
تخصيص مال معين مملوك للمدين لضمان الوفاء بالدين، وهي تخول للدائن حق

أصبحت في المجال التجاري، لأنه إذا كان الائتمان يقوم على أساس الثقة المعترضة في شخص للتاجر وفي مركزه المالي، إلا أنها أصبحت عرضة كالمادة لتشجيع الدائنين، لاسيما البنوك، على التعامل مع المدينين في غياب تامينات عينية تؤخذ بعين الاعتبار، أي أنه لا بد لإنجاح عملية تمويل أي مشروع من تقديم ضمانات كافية تقاديا لما قد يعترض هؤلاء من مشاكل مالية، عن طريق إبرام عقود رهن تجارية، كرهن الاصل التجاري، ولرهن الحيازي للمقول، وrehn القيم المسقولة.

2- عقود الوساطة التجارية

لقد تطورت المعاملات التجارية ونشطت الوساطة إلى درجة أنه أصبح من الضروري تكحل للوسطاء لتسهيلها عن طريق ربط التواصر وتقريب العلاقات التعاقدية، وهكذا أصبحت العقود التجارية تبرز عن طريق هؤلاء⁶³² علماء الوساطة التجارية تتنوع بالنظر إلى العقود التي ترد عليها وكذا الدور الذي يقوم به هؤلاء الوسطاء في سبيل إبرام هذه الأخيرة، وتعتبر الممصرة والوكالة التجارية والوكالة بالمعولة عقود وساطة تجارية.

ثانيا: عقود الخدمات التجارية

من العقود التي يكون أحد أطرافها شخصا يباشر على وجه الاعتراف أو لاحتراف تقديم خدماته للغير عوض تسمى بعقود للخدمات

الارضية في استثناء منه من تمس تلك المال وتلقه في أي يد كان فيها ومنها
الرمز

⁶³² مصطفى كمال طه وعلى البهرودي، القانون التجاري: الأوراق التجارية. الإفلان- الحق التجاري، ص 167 الطبعة الأولى، سنة 2001، ص 515

التجارية التي يدخل في خانقتها مثلا النقل⁶³³ والتأمين والبريد والمواصلات وغير ذلك.

633- ربما ليس من المبالغ فيه القول بأنه ما من نشاط إلا ويتصل بالنقل فيه مركز حضوره بغزو وبقنلي أهميته الحيوية: فالمرء في حياته اليومية أصبح في حاجة ماسة إلى الانتقال من مكان إلى آخر، والتاجر قد يدعو تجارته إلى السر صوب أماكن معينة لحض صفقات، والمسع والبصائح وغيرها من المنجبات قد تكون محلا لعلاقات نقل متعاقبة من أماكن لتأجيرها أو صنعها إلى أماكن الاستهلاك أو الاستعمال. وذلك عبر وسائل مختلفة، عرفت مع تحولات العصر تطورا هائلا مما أدى إلى وجود أنظمة كنبوية للنقل، من نظم نقل بري إلى نظام نقل بحري وبحري رجوي، ومن نظام نقل للأشخاص إلى نظام نقل للشيء، وهي نظم لم يقتصر منها على التمرينات الوطنية، بل أسهمت فيها وبصيب كبير الاتفاقيات الدولية.

ويعد أن ذكره مدونة التجارة النقل في المادة المسماة منها في معرض صياغتها للأنشطة التجارية التي تكسب المرء صفة تاجر بالممارسة الاعيانية أو الاحرفية فإنها عالجت في المواد من 443 إلى 486، حيث أطلقت من تعريفه هي الفقرة 1 من المادة 443 بكونه:

"اتفق بتعهد بمقتضاء النقل، مقبل ثمن بأن ينقل شخصا أو شيئا إلى مكان معين مع مراعاة مقتضيات النصوص الخاصة في مادة النقل والاتفاقيات الدولية التي تعد لمصلحة طرفا فيها"

وأصاقت فقرة في الفقرة 2 منها بأنه:

"تصري على عقد النقل كل من القواعد الخاصة المتعلقة بمعد تجاره للمصلحة والمقتضيات الآتية".

وعلى العموم، فإن النقل يعتبر تجاريا سواء كان نقل للأشخاص أو الأشياء وسواء كان بريا أو جويا أو بحريا وسواء قام به شخص طبيعي أو معنوي.

وهو يكون تجاريا بالنسبة للنقل متى راوله على وجه الاعتد أو الاحتاد، أما بالنسبة للركاب أو صاحب البضائع فلا يعد كذلك إلا إذا كان تاجرا وتعلق النقل بتجارته

خير أن ما يلاحظ على المشرع المغربي، كونه قرر تطبيق قواعد النقل على التاجر لنقل ولو قام بهذا العمل بطريقة عرضية وغير منتظمة لشيء الذي تعده به

المادة 444 من مدونة التجارة، حيث ورد فيها أنه:

ثالثاً: العقود البنكية والتمويلية

بعد البنك إحدى مؤسسات الائتمان حيث يتخذ شكل شركة مساهمة ذات رأسمال ثابت، وهو تاجر يحترف تجارة الأموال، ووسيط بين المودعين فيما يخص استثمار أموالهم أو المحافظة عليها أو هما معاً وبين التجار فيما يتعلق بتمويل مشاريعهم.

ونظراً للمكانة التي يتبوأها داخل الفسح الاقتصادي، فإن المشرع تدخل لتنظيم المهنة البنكية من خلال العديد من الظهير والمراسيم والقرارات، التي كان من أبرزها قرار مدير المالية لسنة 1943، الذي استمر العمل به وبالقرارات المنعقة له إلى غاية صدور المرسوم الملكي بمثابة قانون رقم 66. 1067 بتاريخ 21 أبريل 1967 المنعلق بتنظيم المهنة البنكية والقرص، والظهير الشريف رقم 193.147 في 6 يوليو 1993 للمعتبر بمثابة قانون ينعلق بشطاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها⁶³⁴ الذي شكل صدور، نظرة نوعية في تنظيم المهنة البنكية إلا أن الممارسة التطبيقية لمقتضياته كشفت عن مجموعة من الثغرات التي اعترته، مما حدا بالمشرع إلى تسحه بموجب الظهير الشريف رقم 105.178 الصادر في 14 فبراير 2006 بتعديل القانون رقم 34.03 المنعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها⁶³⁵ الذي تم تسحه هو الآخر بالظهير الشريف رقم 114.193 الصادر في 24 جبر 2014 بتعديل القانون رقم 103.12 المنعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها⁶³⁶ حيث جاء بنوع جديد من البنوك يتمثل في البنوك التشاركية، التي تشكل مع البنوك الحرة المحددة بموجب الظهير الشريف رقم 191.131 الصادر بتاريخ 36 فبراير 1992 الفصلي بتعديل القانون رقم 58.90 المنعلق

⁶³⁴ "تطبيق لقرار النقل على التاجر الذي يقوم عرساً وبعقيل ينقل لشخص أو أشياء ولا يمكن بمرس النقل بصفة اعتيادية"

⁶³⁵ المرسوم بالمرسنة الرسمية عدد 4210 بتاريخ 7 يوليو 1993 ص 1156.

⁶³⁶ المرسوم بالمرسنة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 فبراير 2006 ص 433.

⁶³⁷ المرسوم بالمرسنة الرسمية عدد 6328 بتاريخ 22 يناير 2015 ص 462.

والمناطق المالية الحرة⁶³⁷ منظومة المؤسسات البنكية في النظام البنكي المغربي، التي يسيطر عليها بنك المغرب⁶³⁸ رقابته كمؤسسة مصرفية تقوم بنفس المهام التي يباشرها الأساك التجاري، وإيضا كممثل للسلطة العامة في ممارسته مهام الرقابة على السوق النقدية.

والجدير بالذكر، أن صمود هذه المؤسسات في العصر الحالي يقتضي مواكبة متواصلة لما تسفر عنه البيئة الإلكترونية من تطورات⁶³⁹ وذلك من خلال تطوير الخدمات البنكية على عدة صعدة منها لبيئة التقنية التحتية اللازمة لتطوير شبكات الاتصال على المستوى الداخلي والخارجي من أجل تسهيل وتسريع ربط المعطومات، والبيئة القانونية التي من شأنها أن تصفي على العمليات والخدمات البنكية الإلكترونية طابع السجاعة والعدالية وتكرس حقوق رواجبات الأطراف

637- المنشور بالجريدة الرسمية عدد 42 4 بتاريخ 18 مارس 1992، ص 379
638- الطهير الشريف رقم 10538 الصادر بتاريخ 23 نونبر 2005 بتقيد القانون رقم 7603 المتعلق بالقانون الاساسي لبنك المغرب المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5397 بتاريخ 20 جويلية 2006، ص 427.

639- أدى نمو التجارة الإلكترونية وبطور قطاع الاتصالات إلى تغييرات ساروة ليس فحسب على مستوى طبيعة وأليات تقديم الخدمات المصرفية وانتشر استعمال وسائل الدفع الإلكترونية وريادة حجم المعاملات الإلكترونية، وأصبحت على مستوى مقدم هذه الخدمات حيث ظهر ما يسمى بـ"البنوك الإلكترونية" أو بنوك الأنترنت" التي هي عبارة عن نظام قائم بداته برنكس على إنتراج الحسابات والمحويات الإلكترونية بواسطة إدخال كلمة السر والرمز السري المنقش عليهما بين البنك والربون مثلما يتعلق على التوقيع الإلكتروني وشكله والتحقق من صحته، وقد عرفت المادة 14 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي للفرنسي الصادر في 21 يونيو 2014، التجارة الإلكترونية بأنها نشاط اقتصادي الذي من خلاله يبرهن شخص عن بعد وعن طريق إلكتروني للتزود بسلع أو خدمات سواء كانت للخدمة أو الخدمة متوجزا رقميا قبلا للتسليم إلكترونيا أو كانت متوجزا ماديا يتم بطرق الإرسال العادية.

ويدخل في نطاق التجارة الإلكترونية أيضا الخدمات التي تتمثل في إعطاء معلومات على الخط أو عرض إعلانات تجارية

من مؤسسات بنكية وعلاء، وكذلك البنية البشرية، نظرًا لأن المهرس
البشري يلعب بامتياز دورًا طلائعيا في نجاح أي تطور.

وعلى العموم، فإن البنك يعتمد في مباشرة نشاطه على العديد من
الخدمات والعمليات البنكية التي تتخذ شكل عقود تسمى العقود البنكية
التي منها الحساب البنكي، وإيداع النقود، وإيداع المدفوعات والتحويل ورفع
الاعتماد، والحصم وغيره.

والى جانب الأنشطة التي يقوم بها بوصفه كذلك، فإنه يلعب دورًا
مهما على مستوى التجارة الخارجية كوسيط وصامن بين الأفراد أو
المقاولات والبنوك الأجنبية، من خلال ما يعرف بالاعتماد المستندي
الذي يعتبر من أبرز العمليات البنكية التي تحصن للقواعد والعادات
الموحدة المتبعة بالاعتمادات المستندية التي أقرتها غرفة التجارة
الدولية.

وقد ظهرت في الآونة الأخيرة وسائل حديثة لتمويل المقولة
تجسد في الائتمان الإيجري للمقولة أو للعقار أو للأصل التجاري الذي
يسمى عقد بنكي، بل هو عقد تجاري يندرج في طائفة العقود التجارية
لمنصوص عليها في القسم الخامس من الكتاب الرابع من مدونة
التجارة.

الفقرة الثامنة: تنظيم المشرع الغربي للعقود التجارية

مما لا شك فيه أن تنظيم المشرع لعقود معينة يعتبر انعكاسًا لها
لا سيما وأنه غالب ما يفر ما دأبت عليه الممارسة التعاقدية ويصوغه في
نصن تشريعي متوخيا من وراء ذلك تحقيق الحيد من الأهداف كالتيسير
مثلا على المتعاقدين بوضع أحكام تفصيلية لتنظيم معاملاتهم وتسهيل
مهمة القاضي في تطبيق القواعد القانونية المناسبة على العقود المتنازع
بشأنها، وتوضيح ما غصص من القواعد العامة بل وتطوير العقد في
الاتجاه الذي يرى أنه الأولى بالاتباع.

وما يهونا هنا هو محاولة تبسيط الصوء على موضوعات العقود التجارية التي تولي المشرع تنظيمها في مدونة التجارة، وبالحصوص في كتابها الرابع، بعد إعطاء فكرة ولو مختصرة عن تلك التي لوردها في كتابها الثاني، وهو ما سنطرق إليه كالآتي:

أولاً: تنظيم العقود التجارية في الكتاب الثاني من مدونة التجارة

إذا كان المشرع المغربي قد أفرد للكتاب الأول من مدونة التجارة للتاجر، والكتاب الثالث للأوراق التجارية، والكتاب الخامس والأخير لمصوبات المقاول، والكتاب الثاني للعقود التي تُرد على الأصل التجاري، فإنه صالح للعقود التجارية في الكتاب الرابع.

ومن المعلوم أن الكتاب الثاني من مدونة التجارة، تضمن بعض العقود التجارية، وعلى وجه التحديد تلك التي تنصب على الأصل التجاري، كبيعته وتقديمه حصة في شركة ورهنه، إضافة إلى إدارته الحرة، وإن دل هذا على شيء فإنه يدل على أنه اعتباراً للدور المهم الذي تلعبه في النشاط الاقتصادي هذه المؤسسة القفونية - المعروفة في بعض التشريعات "بالمحل التجاري" أو "المؤسسة التجارية"⁶⁴⁰ أو "الأصل التجاري" وهي التسمية المتداولة في تقريرنا - فإن المشرع

640- انظر في هذا الشأن:

- عزيز الحكي، موجه سابق، ص 287

جاء في المادة 733 من مدونة التجارة أن:

"لحكم هذا القانون - أي القانون رقم 15.95 - تسع وتسعون الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها حسماً وفق تعبيره، أو تتميمها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيما أحكام النصوص الأتية:

...

- الظهير الشريف الصادر في 3 دجنبر 1914 بشأن بيع ورهن الأصول التجارية"

المعربي بادر إلى وضع قواعد خاصة بها تضمن قيمتها الحقيقية المفوتة بها.

وهي برصفاً مالا منقولاً معطوياً، فإنه يمكن التصرف فيها عن طريق بيعها أو تقديمها حصّة في شركة أو رهناً أو تاحيرها بمعرب عن القار الذي تستغل فيه.

فبيع الأصل التجاري يحصع للقواعد العامة للبيع المذكورة في قانون الالتزامات والعقود في الفصول من 478 إلى 618 منه مع مراعاة الأحكام الخاصة به المنصوص عليها في المولا من 81 إلى 103 من مدونة التجارة⁶⁴¹.

ومثل يمكن بيع الأصل التجاري، فإنه يجوز تقديمه حصّة في شركة - عملاً بالمادتين 104 و 105 من مدونة التجارة - وذلك وفق قواعد تروم ضمان حقوق الدائنين خاصة وأن من شأن هذا التصرف أن يفضي إلى نقل ملكيته من مالكه إلى الشركة، مما يعيد حرجه من ضمان دائنيه⁶⁴².

ونظراً لما يطوي عليه الأصل التجاري من قيمة مالية مستقلة ومختلفة عن قيمة العناصر الداخلة في تكوينه، واعتباراً لم يمتلئ من قيمة التمانية بالنسبة للتاجر، في المشرع أقر كذلك رهبه ضماناً للوفاء بالتدوين، وذلك طبقاً للمقتضيات القانونية التي تنظمه والتي لئرجها في المولا من 106 إلى 151 من مدونة التجارة.

ومن صلب هذه المقتضيات، يمكن القول، إن الأصل التجاري يحصع لتنظيم رهن متميز، ومن بين أوجه هذا التميز، أن الرهن يمكن أن يشمل سائر عناصر الأصل باستثناء البضائع، وأنه لا يترتب عليه نقل حيازة

641 - للمزيد من التفصيل بالنسبة لبيع الأصل التجاري، راجع مثلاً - فؤاد معلل، مزرع القانون التجاري المغربي الجديد الجزء الأول، نظرية للتاجر والمضاد لتجاري، مرجع سابق، من من 199 إلى من 212.
642 - للتوسع أكثر في هذا الجانب، أنظر نص المراجع العشر إليه في الهامش السابق من من 239 إلى من 242.

الأصل التجاري من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن لن لا يحرم الدهر
فرض من استقلال عنصر من العناصر الهامة التي تمكنه من مراوغة
شخصه التجاري، وأنه يتطلب شكلية معينة تتمثل في الكفاية والشهر
باعتبار من أنه يؤمن الحماية لحقوق الدائن المرتهن من تصرفات المدين
الراهن التي قد تؤدي إلى إضعاف ضمانه⁶⁴³

لما بالنسبة للتفسير الحر للأصل التجاري، فإنه يعتبر عقد نسري
عليه القواعد العامة المخصوص عنها في قانون الالتزامات والعقود في
المبحث المتعلق بالكراء، أي في الفصول من 627 إلى 699 منه علاوة على
الأحكام الخاصة به الواردة عليها لنص في المولد من 152 إلى 158 من
مدونة التجارة.

وهو ليس بعقد إدارة بسيطة للأصل التجاري يعهد بموجبه المالك
إلى شخص لإدارته واستغلاله باسمه وحسابه أي المالك - كما أنه ليس
بعقد كراء من الباطل نلعتبر الذي يستغل فيه الأصل التجاري، ولا
بمثابة تنازل عن الحق في إيجار العقار الذي يستغل فيه هذا الأخير
وإنما هو باختصار، عقد إيجار للأصل التجاري، بحيث يمنح المستأجر
الحق في استعماله لحسابه الخاص وتحت مسؤوليته وحده، وبأن تحمل
المالك بأي القرض يقع عن هذا الاستغلال، وذلك في مقابل وجبة كرائية
يدفعها إليه.

فهو إذن عبارة عن تصرف في حق الاستغلال مستقلا عن حق الملكية
الذي يظل المالك محتفظا به⁶⁴⁴.

643- لأخذ فكرة عن هذا المطلب انظر نس المرجع المشار إليه في الهامش

المساق، من ص 212 إلى ص 225.

644- للمزيد من التصيل بخصوص عقد التسيير الحر، انظر

- فزاد معلل، مرجع سابق، من ص 225 إلى ص 238.

ثانياً : تنظيم العقود التجارية في الكتاب الرابع من مدونة التجارة

من حيث التوزيع الفني لها، جاءت العقود التجارية في الكتاب الرابع من مدونة التجارة، وبالصبط في المواد من 336 إلى 444، منها، لا تنطبق المواد من 336 إلى 486 بالعقود التجارية، في حين تخص المواد من 487 إلى 544 العقود البنكية، والتي سنقتصر على التعريف بالعموم منها على الأقل في الوقت الحاضر - فيما سنتناول بالدراسة والتحليل لبعض الآخر.

بالنسبة للعقود التجارية، فقد تناولها المشرع بالتنظيم اعتباراً لأهميتها وانتشارها في المعاملات، وأفرد لها ستة أقسام من الكتاب الرابع من مدونة التجارة وهي تتمثل في: الرهن والوكالة التجارية والسفيرة والوكالة بالعسولة والائتمان الإيجاري ثم النقل.

كما أفرد جزءاً مهماً من المقاضيات للعقود البنكية، وذلك في إطار القسم السابع من الكتاب الرابع - أي في المواد من 487 إلى 544 - الذي قسمه إلى ثمانية أبواب تشتمل على التوالي على: الحساب البنكي وبيداع النقود، وبيداع السندات، والتحويل، وفتح الاعتماد، والحصص وحالة الديون المهيبة، ثم رهن القيم، وهي عقود ستملح الضوء عليها تباعاً على الشكل الآتي:

الفصل الأول

الرهن وعقود الوساطة التجارية

يُستغرق العقود التجارية كوعاء قانوني وإطار تطبيقي لما يحثونه من مميزات، جزءاً مهماً من المعاملات التجارية. وقد حاول المشرع صوغ مدونة التجارة، أن يجمع شتات جُلها، إلا أن ملاحظ عليه، كونه لم يخصص لها الكُتب الأربع مفردة، وإنما نظم مجموعة منها فيه ونقصد كلا من: الرهن، والوكالة التجارية، والسفيرة والوكالة بالعمولة، والائتمان الإيجاري، والنقل، إلى جانب العقود البنيكية التي تشمل في كل من الحساب البنكي، وإيداع النقود، وإيداع المودعات والتحويل، وفتح الاعتماد، والخصم، وحالة الديون المهنية، ثم رهن القيم.

وتناول البعض منها في الكتاب الثاني، كبيع الأصل التجاري وتقديمه حصّة في شركة، ورهن الأصل التجاري، والتسيير الحر. وعالج البعض الآخر بموجب نصوص خاصة، كالنأمين مثلاً، بل ومنه ما لم ينوله بالتطبيق القانوني على الرغم من الأهمية التي نكتسبها، كما هو الأمر بالنسبة للبيع التجاري، والترخيص التجاري والاعتماد المستندي وغير ذلك.

ومن جهتنا، فإن العقود التجارية التي سنتولى دراستها في هذا الحيز من كتابنا هي الرهن وعقود الوساطة التجارية كما وردت في مدونة التجارة أي الوكالة التجارية والسفيرة والوكالة بالعمولة⁶⁴⁵ وذلك على النحو التالي:

645- للاطلاع على هذه العقود في ظل التشريع الفرنسي راجع -Georges Rupert Et René Kohler Traité De Droit Commercial Sous la direction de Michel Germain. Tome II EFFETS de commerce Banque Contrats commerciaux Procédures collectives, 7^{ème} édition 2004 Pages de 648 à 688.

المبحث الأول عقد الرهن

تفرض الفعالة العامة في الوفاء بأن أموال المدين الحاسر والمستقبل، تعتبر ضمانا عاما لذانيه، وهم متساوون فيها حسب سوية ثمنها عليهم بمعية دين كل واحد منهم مما لم توجد بينهم أسباب لتوزيع الأولوية⁶⁴⁶ غير أن هذا الضمان قد لا يكون كافيا، إذا، وفي المدن يسعى إلى الحصول من مدينه على ضمان خاص يؤمن له، استبقاء دينه وبقية مزاحمة دائني مدينه وكذا الصعوبات المالية التي قد تعرضه ومن نوع هذا الضمان الخاص للرهن⁶⁴⁷.

646- وهي الامتيازات والرهن وحق الحبس، حسبما قرره الفصل 124 من قانون الالتزامات والعقود.

647- الرهن في التشريع المغربي لما جازي أو رسمي، إذ يخضع الأول للمصنوعات الواردة في الفصول من 1170 إلى 1250، من قانون الالتزامات والعقود التي استلها التشريع بتعديله في الفصل 1170 بكريه:

"عند بقضاء حصص الدين أو أحد من الخير يعمل لمصلحته شيد متولا أو عقريا أو حقا معديا لضمان الالتزام، وهو يحول الدائن حق استبقاء دينه من هذا الشيء بالأسبقية على جميع الدائنين الآخرين إذا لم يف له به للمدين" كما حصص له لتوفير الشرف رقم 11178 الصادر في 22 نوفمبر 2011 بتعيد الدائنين رقم 3908 المتعلق بمسود الحقوق العينية المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5998 بتاريخ 24 نونبر 2011 من 3587- المود من 145 إلى 164 ونهن صراحة في المادة 333 منه على أنه

"ينسخ هذا القانون، لتوفير الشرف الصادر في 19 رجب 1433، (2 يونيو 1915) فحسب بالتشريع المنطبق على المصنوعات المحظرة" المود من 145 إلى 164، حيث عرفه في المادة 145 منه:

"لرهن الجازي من عيني يتقرر على ملك بطلية المدين أو كونه طبيعي إلى قدر قدرته لضمان الوفاء بدين، ويحول الدائن المرتهن حيازة المودون وحق حبس إلى أن يسوفي دينه

تسري على الرهن الجازي أحكام الرهن الرسمي إذا تعلق بذلك مسند".
من القانون رقم 3908، الذي يعرفه في المادة 165 منه قائلا:
221 إلى 165

ويعتبر الرهن في المادة التجارية⁶⁴⁸ من أهم التسميات العينية وربما وأنه بشكل وسيلة فعالة لتوفير الإمكان المالي اللازم لتمويل المشاريع التجارية من جهة المدين الراهن، وصعلة أساسية لمن الدائن المرتهن في استيفاء دينه من جهة أخرى.

وعند حديثنا عن الرهن الذي تحتضنه مبنية التجارة بين بقيةها فإننا سنقتصر رهن الاصل التجاري الذي تطرق إليه المشرع في الكتاب الثاني منها- أي في المواد من 106 إلى 151- ورهن القيم الذي يتناوله صسر العقود البنكية وحتم به كتابها الرابع بدءاً من المادة 337 إلى 544- ثم الرهن الذي استعمل به هذا الأخير وأورد له المواد من 336 إلى 392، والذي لا ندعي أننا سنقصص فيه القول، وإنما سنقتصر في هذه الدراسة على تسليط الضوء على بعض جوانبه.

وللاشارة، فإن المشرع المغربي خرج بالنسبة لهذا العقد عن النهج الذي سلكه بشأن العقود الأخرى، حيث إنه لم يعمل على تعريبه في المادة 336، وإنما ذكر أنواعه، على عكس عدد من التشريعات المقارنة منها قانون التجارة اللبناني الذي ذهب⁶⁴⁹ إلى أنه.

"عقد يؤمن بمرجبه دين تجاري" وقانون التجارة الأردني الذي نص⁶⁵⁰ على أن، "الرهن التجاري هو الذي يعقد ضماناً لدين تجاري".

"الرهن الرسمي حق عيني يهيئ بقدر على ملك محظ أو في طور التحفظ وبخصص لضمان أداء دين".

648- في المادة في تحديد الرهن هي بطبيعة الدين المضمون، لأنه يكون تملكاً له ومن ثم فإنه يكون تجارياً متى عقد ضماناً لدين تجاري، ومنه إذا كان الدين المضمون مدنياً. أما إذا كان الدين محتفظاً أي تجارياً بالنسبة لأحد الطرفين ومنه بالنسبة للآخر، فإن صفة الدين تتحدد عندئذ بطبيعة الدين المضمون بالنسبة للمدين لأظهر في هذا المعنى:

- مصطفى كمال طه وعلي البيروني، مرجع سابق، ص 505 رهن 506.

- عزيز المكي، مرجع سابق، ص 266.

649- في المادة 264 منه.

650- في المادة 60 منه.

ويمكننا قياساً على هذا المعنى، وعن طريق الاستصحاب أن معنى ما ورد في الفقرة الأولى من المادة 338 التي تفصي بأنه: "ثبت للرهن طبقاً لأحكام المادة 334 بالنسبة للمتعاقدين والغير سواء قام به تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان عمل من الأعمال التجارية" تعريف للرهن التجاري بأنه: "عقد يفرضه تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان دين تجاري" أي أن للرهن بعد تجاري متى تقرر لصالح الوفاء، يبين بعد تجاريه، بعض النظر عن صفة الشخص الذي أنشأه.

والجدير بالذكر، أن للرهن التجاري أحكام خاصة به تختلف عن تلك التي تطبق على الرهن المدني، اعتباراً لما تتميز به البيئة التجارية من سرعة وبساطة، وهو حسب صورته للعادية يتطلب انتقال حيازة المنقول المرهون من المدين المرهون إلى الدائن المرتهن لو إلى أحد من الغير يعينه المتعاقدان.⁶⁵¹

بيد أن هناك حالات يكون فيها من الصعب عدم تمكين المدين من حيازة المنقول، لكونه من الأشياء الضرورية لنشاطه الاقتصادي أو لكون انتقال حيازته من شأنه أن يحمل الدائن المرتهن عبء المحافظة عليه واستثماره، لذلك ظهر نوع من رهن المنقول ينسج على فكرة عدم لنقل الحيازة، الشيء الذي حاولت المادة 336 من مدونة التجارة أن تصوغه بقولها:

"الرهن نوعان، رهن يعترض معه تخلي المدين عن الحيازة، ورهن لا يعترض فيه ذلك".

651- في هذا الصدد، ينص الفصل 198، من قانون الأنزيمات والعقود على أنه: "بإزاء تم الاتفاق بين الأطراف على تسليم الشيء المرهون إلى الغير نكر من غير تعيين له، تولت المحكمة عند هذا الاختيار من بين الأشخاص الذين يعينهم الطرفان، وإذا ما لم ذلك المودع عندما لودع المرهون لدى شخص آخر يحتلر لأطراف وعند الخلاف تعوله المحكمة".

المطلب الأول

الرهن مع نقل حيازة الشيء المرهون

حي عن الدين أن الخاصية الأسلمية التي تطبع هذا النوع من رهون التجارية تتمثل في كونه يستلزم نقل حيازة المال المرهون من المدين الرهن إلى الدائن بمرتبين شأنه في ذلك شأن الرهن الحيزي المنقول المضم في القانون المدني، لذلك فهو يحصص للمقتضيات المقررة في مدونة التجارة، ولما لم تنص عليه بتعين الرجوع فيه إلى الأحكام الواردة في قانون الالتزامات والعقود⁶⁵² بقدر اتفاقها مع هذه الأخيرة.

وبالرجوع إلى الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الرابع من مدونة التجارة، وبالموسيط إلى المواد من 337 إلى 354 منها تحت عنوان: "الرهن الحيزي المنقول" نجد أن المشرع تطرق إلى الرهن الحيزي التجاري⁶⁵³ وكذا إلى الإيداع بالمحازن العامة⁶⁵⁴. ومن جهتنا، مستطرق من ناحية الرهن الحيزي التجاري، ومن ناحية أخرى للإيداع بالمحازن العامة وذلك على النحو التالي:

الفقرة الأولى: الرهن الحيزي التجاري

من الملاحظ أن الغالب في المعاملات التجارية لن يقع الرهن حيزيا وعلى منقول لأن أموال التجار التي يستثمرها في نشاطه التجاري تتكون في معظمها من منقولات مادية ومعنوية.

وبتعبير آخر، فإن هذا الرهن الذي يعفده تاجر أو غير تاجر بمناسبة عمل تجاري لصعان دين تجاري، ويوثق عنه نقل حيازة الشيء المرهون من المدين الرهن إلى الدائن المرتهن، وتنطبق عليه

⁶⁵²- خلاصة منها الفصول من 1184 إلى 1230.

⁶⁵³- في المواد من 338 إلى 340 من مدونة التجارة.

⁶⁵⁴- في المواد من 341 إلى 354 منها.

للقواعد العامة للرهن الحيزي للمعول المقررة في قانون التسيير
والعقود علاوة على تلك الخاصة به الواردة في مدونه مجسدة
تسري عليه أيضا حرية الإتيان سواء فيما بين المتعاقدين أو في
مواجهة الغير مهما كانت قيمته، ويشمل هذا المبدأ الطرود التاجر
والمبني عملا بمقتضى الفقرة الأولى من المادة 1138 من المدونة، التي
تنص على أنه:

"ثبت الرهن التجاري طبقا لأحكام المادة 1134 بالنسبة للمتعاقدين والغير
سواء قام به تاجر أو غير تاجر من أجل ضمان عمل من الأعمال
التجارية".

وتفترض طبيعة هذا الرهن التحلي عن الحيزية، وذلك عن
طريق نقل الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن، وبالتالي فإنه لا يبعد
ولا ينقذ في حق الغير⁶⁵⁵ إلا إذا أفرغ في محرر كتابي ثابت التاريخ
ينصص على وجه التحديد بيان مقدار الدين ووقت حلول أجله وثبوت
الاستحقاق ونوع وطبيعة الأشياء المرهونة على وجه يمكن معه التعرف
عليها بدقة، بل ولا يكون للدائن المرتهن حق التمتع بالامتياز⁶⁵⁶
المملوح له قانونا على الشيء المرهون والتفيم على غيره من
الدائن⁶⁵⁷ ما لم يتم تسليم⁶⁵⁸ ونقل هذا الأخير من يد المدين الراهن

655- وفي هذا الصدد ينص المشرع في الفصل 1191 من قانون الالتزامات
والعقود على ما يلي:

"ومع ذلك، بالنسبة للغير، لا يتقرر الامتياز إلا إذا وجدت حجة مكتوبة وثابتة
لتاريخ التنصص بيان عن المبلغ المستحق، ووقت حلول الأجل وثبوت الاستحقاق
ونوع وطبيعة الأشياء المرهونة وصفها ووزنها وقياسها، على وجه يمكن معه
التعرف عليها بدقة، ويسوغ ذكر هذا البيان في عقد الرهن أو في رسم يلحق به".

656- يتقرر هذا الامتياز عملا بالفصل 1195 من نفس القانون المذكور أعلاه
بتسليم العقد المثبت للدين أولا، وثانيا بإعلام المدين بكتابة رسمية أو قبوله الرهن
بموجب محرر ثابت التاريخ لا سيما وفي الدين غير الثابت في مثل هذا المحرر لا
يسمح أن يكون محلا للرهن

657- يستفاد من الفصل 1184 من نفس القانون، أن الرهن الحيزي للمعول يحول
الدائن المرهون الحق في حبس الشيء المرهون إلى تمام الوفاء بالدين، ويبيعه عند

أن حيازة الدائن المرتهن، لو إلى شخص آخر بعينه المتعاقد⁶⁵⁹ بحيث يكون بمثابة نائب في الحيازة عن الدائن المرتهن⁶⁶⁰ أو "حارس اتفاقي"⁶⁶¹ يترجم نجاح الدائن والمدين بحفظ الشيء المرهون وإدارته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من ثبت له الحق فيه.

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن التسليم في الرهن الحيازي للمقول على الخصوص يعتبر ركنا أساسيا لانعقاد - وليس مجرد الزام يلقى على عاتق المدين الراهن - وهو بالتالي بشكل وسيلة يتبنى بواسطتها شهر الرهن وإعلام الغير بتعلق حق الدائن المرتهن بالشيء المرهون⁶⁶².

عدم الوفاء به، واستيعاء دينه من ثمن بيعه، وذلك بالامتياز والأسبقية على أي دائن آخر.

658- إن الرهن الحيازي - وفقا لما جاء في الفقرة 1 من الفصل 1188 من قانون الالتزامات والعقود - لا يعتبر تسيلا لا يترتب عليه إنشاء من جهة وتسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى أحد من الغير يتفق عليه من جهة أخرى 659 - وهو ما لم يبي المشروح المغربي إلا أن يتركه في صلب الفقرة 1 من المادة 339 من مدونة التجارة بعوله.

"في جميع الحالات لا يستمر الامتياز فلما على الشيء المرهون إلا إذا وصح هذا الشيء وبقي في حيازة الدائن أو في حيازة شخص آخر تم اتفاق المتعاقدين عليه" 660 - أنظر في هذا المعنى.

- مصطفى كمال طه وعلى قبارودي، مرجع سابق، ص 507.

661- من الملاحظ أن المشروع المغربي لم يعرف الحراسة الاتفاقية كما فعل نظيره الفرنسي في الفصل 1956 من القانون المدني الذي جاء فيه:

"Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes d'une chose mobilière, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée à la personne qui aura jugée devoir l'obtenir"

ولا كذلك الحراسة القلوية، وإنما تقتصر على التعريف الوارد في الفصل 88 من قانون الالتزامات والعقود المتعلق بالحراسة بصفة عامة.

662- أنظر في هذا الشأن:

- عزيز المكي، مرجع سابق، ص 269 وص 270 وص 273.

وبصفة أخرى، فإنه من الوظائف الأساسية للمرتهن ⁶⁶³ أن يكون من الرهون، الوظيفة الإنسانية بعقد الرهن، ذلك أنه لا يكون نافذا بين طرفيه إلا إذا تم التسليم، والوظيفة الإشرافية على الرهن لا يكون نافذا أيضا تجاه الغير إلا إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فيعلم الغير أنه لم يعد ملكا للمدين الراهن، هذا فضلا عن أن التسليم يمكن الدائن المرتهن من الحفاظ على حقوقه من خلال صفة حبس الشيء المرهون في مواجهة المدين الراهن وكذلك الغير.

والأصل أن يحصل التسليم فور إبرام عقد الرهن - ⁶⁶³ - بما كان وجوده يقتضيه طبيعة الشيء المرهون أو العرف من رهن ⁶⁶⁴ - بمكان وجوده وقت إبرام هذا الأخير - ما لم يكن هناك اتفاق أو عرف يقضي بغير ذلك ⁶⁶⁴ - وذلك للدائن المرتهن أو إلى أحد من الغير يتم الاتفاق عليه بين المتعاقدين ⁶⁶⁵.

لما عرفت طرق التسليم، فلها تختلف باختلاف طبيعة الشيء المرهون، أي بحسب ما إذا كان المنقول ماليا أم معنويا ⁶⁶⁶.

أولا: تسليم المنقول المادي

يتوقف رهن المنقول المادي على تسليم هذا الأخير ⁶⁶⁷ أي تحلي المدين الراهن عنه للدائن المرتهن بالحالة التي كان عليها أثناء التعاقد

⁶⁶³ - شيء الذي يختلف من فصل 504 من قانون الالتزامات والعقود.

⁶⁶⁴ - فثبت على الأحكام المنطوقة بعد البيع، لا سيما الفصل 509 من نفس القانون.

⁶⁶⁵ - انظر الفقرة 1 من المادة 339 من مدونة التجارة والبنك 2 من الفقرة 1 من الفصل 1188 من قانون الالتزامات والعقود.

⁶⁶⁶ - كفي لقانون الالتزامات والعقود لتسليم على مدونة التجارة - ولا عناية في ذلك فهو للتسليم العامة لقوانين المرسوم في تبين الطرق المختلفة التي يحصل بها التسليم، وذلك في إطار الفصل 500 منه ضمن الباب المصالح بآثار البيع

⁶⁶⁷ - يمكن القول استنادا إلى الفصل 499 من قانون الالتزامات والعقود - وقيلما على عقد البيع في هذا النطاق يفتقد إلى المراد بالتسليم "تحلي المدين أو دفعه عن

أو إلى شخص آخر يعينه الطرفان وحيداً لديه إلى غاية الوفاء بالتسليم للمضمون، وهذا هو التسليم للعطلي وقد يكون التسليم رهنياً بوضع الشيء المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن بكيفية تجعله في حرامته - كما لو كان بصناعة مودعة في مخزن وسلمت مفتاحه إليه، حيث يعد تسليمها بعدة تسليم للبصاعة المودعة فيه مما يمكن معه للدائن المرتهن التصرف فيها - أو إعطاء الدائن المرتهن سنداً يمثل الشيء المرهون ويحويه دون غيره حق تسلمه⁶⁶⁸.

كما قد يكون التسليم أيضاً حكماً، ويتحقق إذا كان الشيء المرهون في حيازة الدائن المرتهن قبل الرهن - كما لو كان قد سلم له فيما قبل على سبيل الوديعة⁶⁶⁹. أي من هذا النوع من التسليم يتم دون أن يكون له مظهر خارجي أو عمل إيجابي يدل عليه.

الشيء روضه تحت تصرف الدائن بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته دون عائق⁶⁷⁰.

668- كما لو تم مثلاً رهن البضاعة المنقولة بحراً بتسليم سند قرض الذي يحتفظ به، إذ تعد حيازته للسند بمثابة حيازته للبضاعة المرهونة.

669- والملاحظ، أن الفقرة 2 من المادة 339 من مدونة التجارة التي تنظمي بأنه "يعتبر الدائن حائزاً للبضائع متى كانت تحت تصرفه في مخزنه أو معنه أو الجمره أو في مخزن عمومي أو كل بنية قبل وصولها، بعد شحنها أو أي سند آخر للنقل". نقبه إلى حد كبير ما جاء في الفصل 1194 من قانون الالتزامات والعقود إذ ورد فيه ما يلي:

"يعتبر الدائن حائزاً للأشياء المرهونة إذا كانت هذه الأشياء موضوعة تحت تصرفه، في مخزنه ومعنه أو في مخازن ومن وكيله بالمعولة أو عليه، أو في الجمره أو في مستودع عم أو إذا كانت هذه الأشياء في الطريق لم تصل بعد وسلمت إليه تذكره شخص أو بوليصة نقل مظهرة باسم الدائن أو لأمر".

وفي جميع الأحوال، فإنه لا يحق للدائن المدعى ملك المبيع المرهون أو التصرف فيه دون مراعاة الإجراءت التي يحددها القانون في هذا الباب، وكل شرط يمسح بذلك يقع تحت طائلة البطلان. ومن تلك الإجراءات أنه لا يسوغ له اللجوء إلى بيعه إلا بعد علم الوفاء في تاريخ الاستحقاق وبعد تسليم المدين دخل أجل سبعة أيام، حيث يتم بيعه عندئذ بالمراد العلني بواسطة كاتب ضبط المحكمة الموجود بمقر موطن الدائن المرتهن أو الشخص المنفق عليه، وذلك وفق مقتضى قانون المصطرة المدنية الخاصة بالبيوعات الناتجة عن الحجر التعيدي⁶⁷¹.

ثانياً: تسليم النقول المنوي

قد يقدم المدين الرامن للدائن المرتهن كضمانة عينية يزعم بموجبها وفاءه بدين تجاري، منقولات معنوية كالأسهم والسندات ونحوها، الشيء الذي وقف عنده المشرع المغربي مبيناً في إطار المادة⁶⁷² 338 من مدونة التجارة، كيفية ثبوت رهنها، ذهاباً إلى أن رهن القيم القابلة للتداول يثبت عن طريق تظهيرها تظهيراً صحيحاً يشير إلى أنها

670- وهو ما تؤكد الفقرة الأخيرة من المادة 340 من مدونة للتجارة وكذا الفصل 1207 و 226 من قانون الالتزامات والعقود

671- وهو ما ورد في الفقرتين 1 و 2 من المادة 340 هذه الأخيرة التي جاءت شبيهة من حيث مضمونها، بالفصل 1218 من قانون الالتزامات والعقود، لم يفصل المولى بأي الفصل 219 فيجوز للطرفين تنفيذ الأجل الذي يجب أن ينقضي في الإعلام الرسمي والبيع، دون الترحيص لهما بالاتفاق على تقصيره إلى نقل من سبعة أيام المقرر في الفصل السابق

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المشرع تناول الحجر التعيدي في الفصول من 459 إلى 487 من قانون المصطرة المدنية بصورة عامة، وحجر المنقولات - الذي يهتم - بصورة خاصة، في الفصول من 460 إلى 468 منه.

672- لاسيما في الفقرات من 2 إلى 5 منها.

سلمت على وجه الصمام⁶⁷³ وإن الأسهم وحصص الاستفادة والممتلكات
الاسمية⁶⁷⁴ للشركات التجارية أو المدنية وثبت رهنها بواسطة تحويل
على وجه الصمام بقيد في سجلاتها⁶⁷⁵ وإن رهن الديون المتعلقة بعمل
مفوض يتم بنقل حيازتها إلى المحال له بعد تبليغ الحوالة للمدين⁶⁷⁶ كما

⁶⁷³ المظهر هو - كان نقلاً لملكية الحق الثابت في السند م كمال على سبيل
الصمام يتطلب نقل حيازة السند من المظهر إلى لمظهر إليه، والمظهر على سبيل
الصمام يبيع كتابه على السند ذاته أو على ورقة أخرى متصلة به ويرفعه للمظهر
على أن تشمل صيغة المظهر على تغيير يدل بوصوح على أن الموصود من
المظهر رهن الحق الثابت في السند وليس نقل ملكية أو التوكيد في قبض قيمته
كما يذكر أن القيمة للصمام أو القيمة للرهن أو أي تغيير ذكر بقيد الرهن.
عزير العكيلي، مرجع سابق، ص 276.

⁶⁷⁴ أما رهن السندات بحملها، فيمكن الرجوع بحصره إلى الفصل 186 من
قانون الالتزامات والعقود الذي جاء فيه ما يلي:
"تصح رهن النفود والسندات بحملها والأشياء المعنوية بشرط أن تسلم داخل ظرف
معلق

...بيد أنه إذا سلمت السندات لحاملها معنوية له يكن الدائن أن يتصرف فيها ما لم
يؤذن له في ذلك صراحة بالكتابة"

⁶⁷⁵ بقيد الفصل 197 من نفس القانون بأن:

"رهن الأسهم والحصص في الشركات المحدودة المعمولة بالسندات الاسمية
للشركات المالية أو الصناعية أو التجارية أو المدنية التي يحصل لتداولها بتقيد في
سجلات الشركة، يمكن أيضاً أن يتم بتقيد ما يقيد رهنها في تلك السجلات

⁶⁷⁶ بقصي الفصل 195 من نفس القانون للمحل والمتمم بظهر 20 ماي 1939
بأنه:

"لا ينتقل الحق للمحال له تجاه المدين والعسر لا يتبليغ الحوالة للمدين مديماً رسمياً
أو بقوله إياها في محرر ثبت التاريخ...

حواله الحقوق في شركة يلزم لمريتها على العبر أن تبليغ للشركة أو تقبل منها في
محرر رسمي أو في محرر عرفي..."

وتنص الفقرة 1 من الفصل 201 منه على أنه،

"إذا سلمت الحوالة للرهن الحيازي لوصاء فإن المحال له بمجرد تسلمه الشيء
المرهون يحل محل المحيل في كل الالتزامات التي كانت تثبت عليه للمدين بصدد
رعاية الشيء المرهون والمحافظة عليه..."

أن الأوراق التجارية⁶⁷⁷ تكون قابلة للرهن التجاري **بمقتضى** نص من
إلى أنها سلمت لذائن المرتهن على سبيل الرهن الذي يمسح حق
استيفاء قيمتها.

والجدير بالملاحظة، أن الشيك ما دام يكون مستحق الدفء بمجرد
الاصلاح، ولا يستحق لأداة للوفاء، فإن الحق الثابت فيه لا يظهر على
سبيل الصمان، وبالتالي فإن المستفيد عندما يكون في حاجة إلى التدفد
فإنه لا يقرض بصمان الشيك، وإنما يتعين عليه أن يقدمه إلى البنك
فصد استيفاء قيمته، وعليه فإن تظهير الشيك على سبيل الصمان يعني
استخدامه أداة للائتمان وهذا يخالف طبيعته التي هي أداة للوفاء فقط⁶⁷⁸

الفقرة الثانية: الإيداع بالمخازن العامة

يمكن إنشاء الرهن مع نقل حيازة الشيء المرهون من المدين
إلى الدائن المرتهن بالنسبة للإيداع بالمخازن العامة-المسظم
بالتظهير لأشرف الصالح بتاريخ 6 يوليو 1915⁶⁷⁹ - طبقاً للأحكام التي

677 ينص المشرع في الفقرة 1 من المص 1205 من نفس القانون على ما يلي:
"إذا كان المرهون أوراقاً تجارية أو غيرها من السندات التي تتضمن ديوناً يحل
لها في تاريخ محدد، وجب على الدائن أن يستوفيها بالنسبة إلى أصلها وتوابعها
كما حل محل الوفاء بها وأن يتخذ كل الإجراءات التحفظية التي يتعذر على المدين
قيام بها بنفسه بحسب علم حيازته للمسد".

678 بد من المادة 36 من مونة التجارة تنص على أنه:
"يطلب بالحس من سدة إلى خمس سنوات وبمروءة تتراوح بين 2000 و 10.000
درهم، دون أن تقل قيمتها عن خمسة وعشرين في المائة من مبلغ الشيك أو من
الخصم".

679 جاء في المادة 733 من مونة التجارة ما يلي:
"كل شخص قام من علم بفور أو تظهير شيك شرط في لا يستخلص فوراً وأن
يحفظه على سبيل المسد".

679 جاء في المادة 733 من مونة التجارة ما يلي:
"كل شخص قام من علم بفور أو تظهير شيك شرط في لا يستخلص فوراً وأن
يحفظه على سبيل المسد".

حصه بها المشرع والتي كرسها في إطار المواد 341 إلى 354 من مدونة التجارة.

ونلفت الانتباه، إلى أن المشرع الأردني، قد أحسن صلبه في رأينا لما استعمل عبارة "المخازن العامة" بدل "المحازن العمومية" - كما فعل المشرع المغربي في مدونه التجارة، وعلى خلاف نهجه في مجموعة القانون الجنائي حيث استعمل عبارة "المستودعات العامة"⁶⁸⁰ - في المادة 5 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966، التي تنص على س

"المورصات التجارية والمعارض والأسواق والمخازن العامة والمستودعات وسائر المنشآت المعدة لتجارة تخضع على قدر الحاجة لقوانين وأنظمة خاصة".

والمشرع المصري، الذي يقضي في الفقرة من المادة 130 من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 بأن:

"1- الإيداع في المستودعات العامة عقد يتعهد بمقتضاه مستثمر عن مستودع بتسلم بضاعة لحفظها لحساب المودع أو لحساب من تزول إليه ملكيتها أو خيارها، بمقتضى الصكوك التي تمثلها".

"إن أحكام هذا القانون تلغ وتعرض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نفسها خصيصا وقع تغييرها أو تعميمها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولا سيما أحكام النصوص الآتية:

الظهير التشريعي الصادر في 6 يوليوز 1915 بشأن الإيداع في المحازن العمومية فيما يتعلق بالمواد من 13 إلى 26 ..."

680- أنظر الفرع الثالث من الباب الرابع من الكتاب الثالث تحت عنوان: "في كسر الأختام وأخذ الأوراق من مستودعاتها العامة".

وعلى أي، نعد المحارن العامة مستودعات أحدثها المشرع قصد حفظ السلع والبضائع ومحوها من الدائع في مقابل أجر⁶⁸¹ وتسهيبي تدبرها عن طريق منببر تسليمها لآراء المحارن العامة للمودع، بعد تصميميها كافة البيئات المتعلقة بهويته من اسم ومهبة وموطن... وكذا بالبضائع المودعة، لاسيما ذلك التي من شأنها أن تبين نوعيتها رقيتها⁶⁸² ويتمثل السند الأول في الإيصال الذي يتم اعتداده من أجل تسليم ملكية للصناعة المودعة، ولثاني في بطاقة الرهن التي تمكن من رهن هذه الأخيرة.

وبتعبير آخر، فإن الإيداع بهذه المحارن يثبت بالإيصال الذي يستخرج من سجل ذي أرومات⁶⁸³ ويسلم للمودع مؤرخا وموقعا وتضاف إليه بطاقة الرهن التي تحتوي على نفس المعلومات المدرجة فيه، وهما معا يبلان التداول بالظهير إما مجتمعين أو منفردين⁶⁸⁴.

681- إن المحارن العامة علوة عن أماكن أو محلات تكون عادة موجودة بالموانئ والمطارات ومحط الطر وتودع بها البضائع أو السلع أو المواد الأولية أو المستوجبات المصنعة، في مقابل أجر،
لنظر في هذا المعنى:

- فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 103.

682- Didier R. Martin, Droit commercial et Bancaire Marocain 3^{ème} édition 2003 P 306.

ولمحارن العامة في مفهوم الفصل الأول من الظهير المنببر إليه أعلاه مستودعات معدة لحفظ المواد الأصلية والأشياء المصنوعة والبضائع والمأكولات التي يستودعها التجار ورباب المصالح والعلام، وتصيقتها ونقلها من مكان إلى آخر لمساعدة رواح البضائع، وتسهيل العرض بإعطاء بطق التوصل التي يمكن بها البيع، وبطق يكر بها الرهن فقط.

683- طبقا لما تنص به الفقرة 2 من المادة 341 من مدونة التجارة.

684- إلى جانب السجل ذي الأرومات للتوسيل وبطاق الرهن والظهير التجارية العادية، فمسك إدارة المحارن العامة -كما تنبذ بذلك الفقرة 1 من المادة 354- سجلا يدر يحسن لإثبات عمليات الإيداع التي تقوم بها

684- لنظر الفقرة الأخيرة من المادة 341 والفقرة 1 من المادة 342 من نفس المدونة.

وهكذا، فإنه عندما يتم تطهير الإيصال برفقة بطاقة الرهن فهذا يعني إمكانية انتقال ملكية البضاعة إلى المظهر إليه الذي يجوز له سحبها من المحزن العمومي، ولم يقع تطهيرها مستقلاً، فهذا يعني من جهة حامل البطاقة اكتسابه رهناً على البضاعة، ومن جهة حامل الإيصال انتقالها إليه وهي منتقلة بالرهن بحيث لا يستطيع سحبها من المحزن العمومي إلا بعد أداء قيمة الرهن لحامل بطاقة الرهن⁶⁸⁵

والملاحظ، أن المشرع يجبر له دفع المدين المضمون بالبطاقة المذكورة ولو قبل حلول الأجل، أما إذا حل الأجل ولم يقع الأداء، فإنه يمكن لحاملها بعد ثمانية أيام من الاحتجاج أن يعمد إلى بيع البضاعة المرهونة بدون إجراءات قضائية، واستيفاء مبيع دينه مباشرة من ثم البيع بالامتنياز والاولوية على جميع الدائنين من غير اقتضاء بيع باستثناء الرسوم الجمركية وغيرها من الرسوم البحرية المنقوعة عن البضائع، وصوائر تسلم هذه الأخيرة وتحريرها والتأمين عليها وما إلى ذلك مما يؤدي عن حفظها⁶⁸⁶.

غير أن حامل بطاقة الرهن، وفقاً لجهة في الرجوع على مظهرها في حالة ما إذا لم يتم بيع البضاعة خلال الشهر للموالي ليرد الاحتجاج بعدم الدفع⁶⁸⁷.

685 - فيما لما نفيد به كل من الفقرة 1 و2 من المادة 343 من نفس المذونة.

686 - تنظر الفقرة 1 من المادة 346 والفقرة 2 من المادة 347 والفقرة 1 من المادة 349.

687 - عملاً بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 340 من نفس المذونة.

المطلب الثاني

الرهن دون نقل حيازة الشيء المرهون

يعتبر هذا الرهن نوعاً حبيذاً خرج فيه المشرع عن القواعد العامة، بحيث لم يجر انتقال حيازة الشيء المرهون من يده المدينين المرهون إلى الدائن المرتهن. وهو يتمثل من ناحية، في رهن أدوات ومعدات التجهيز، الذي تصعبه للمواد من 355 إلى 377 من مدونة التجارة، والذي ينشأ لفائدة الدائن والمقرض وينصب على أداء نفس أدوات ومعدات التجهيز ضماناً لأداء الثمن للأول ومسح القرض للثاني

ومن ناحية ثانية، في رهن بعض المواد والمنتجات⁶⁸⁸ الذي لورده المشرع في المواد من 378 إلى 392 والذي يتفحور بجمالاً حول قيام مالك هذه المواد والمنتجات - المحددة في قائمة تصنعها الجهات المعنية - برهنها دون نقل حيازتها إلى الدائن المرتهن وفسق شروط معينة، على أن تظل بين يدي المقرض كحارس لها أو تسلّم إلى الغير لنفس الغرض، وذلك بموجب اتفاق بين المقرض والمقرض⁶⁸⁹.

الفقرة الأولى: رهن أدوات ومعدات التجهيز

إن درسنا لمصموم هذه الفقرة سنتناول خصائص هذا النوع من الرهن وإجراءاته، وكذا الصناعات المصنوعة للدائن المرتهن:

⁶⁸⁸ - هذا في إطار كتف الرابع من مدونة التجارة، علماً أن المشرع تناول نوعاً آخر من الكتف الثاني منها لا يتم فيه أيضاً نقل حيازة الشيء المرهون من المدين المرهون إلى الدائن المرتهن، ونقصد بذلك رهن الأصل التجاري.
⁶⁸⁹ أنظر في هذا الشأن المقتضى 355 و378 من مدونة التجارة.

أولاً: خصائص رهن أدوات ومعدات التجهيز

يعد رهن أدوات ومعدات التجهيز النوع الأول من الرهن السدي لا يتحقق معه المفهوم العادي للرهن الذي يستتبعه انتقال حيازة الموقوف للمرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن، أو إلى شخص آخر معين بالاتفاق فيما بينهما، إذ يتم هذا الرهن دون انتقال الحيازة وذلك قصد تمكين المدين من الحصول على الائتمان بصغار أدوات ومعدات التجهيز دون خروجها من حيازته نظراً لما تكتسبه من أهمية في نشاطه الاقتصادي.

وكما تم ذكره، فإن المشرع نظم هذا الرهن في المولا من 335 إلى 377 من مدونة التجارة⁶⁹⁰ التي انطلقت من قراءة عامة لمجموعة من مقتضياتها يمكن القول إن رهن أدوات ومعدات التجهيز ينقسم بحصائص برزّة، منها أنه عقد يبرم في الأصل من أجل ضمان ثمن

690- جاء في المادة 733 من المدونة أعلاه ما يلي:
"إن أحكام هذا القانون تنسخ وتعوض الأحكام المتعلقة بالموضوعات نصها نصيب وتمتعها وتنميتها مع مراعاة مقتضيات المادة 735 ولاسيب أحكام النصوص الآتية:

- التجهيز الشريف رقم 51 56 المزوج في 22 نونبر 1956 بشأن رهن أدوات وأعدة التجهيز".

كما ورد في المادة 376 منها:
"لا تطبق أحكام هذا الباب -أي الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الرابع من مدونة التجارة- على:

1- السفنات المنصوص عليها في التجهيز الشريف الصادر في 17 يوليوز 1936 بشأن ضبط بيع السفنات بالسلف.

2- السفن البحرية المنصوص عليه في التجهيز الشريف الصادر في 31 مارس 1919 بمثابة قانون للملاحة التجارية الملاحة التجارية وكذا للمراكب المخصصة للملاحة البحرية.

3- السفنات المشار إليها في المرسوم رقم 161 2.6 الصادر في 10 يوليوز 1962 بشأن تنظيم الطيران المدني".

اقتنائها بالنسبة للمنافع أو المخصص الذي اقترض للمل اللازم لشراؤها،⁶⁹³ له يقتصر فقط على أدوات ومعدات للتجهيز للمشتراة⁶⁹⁴ سواء كانت مخصصة للاستعمال المهني أو الصناعي أو التجاري أو الفلاحي⁶⁹⁵.

ثانيا، إجراءات رهن أدوات ومعدات التجهيز

تتلخص هذه الإجراءات في أنه يجب أن يبرم رهن أدوات ومعدات التجهيز تحت طائلة البطلان - بموجب محرر رسمي أو عربي⁶⁹⁶ في أجل أقصاه ثلاثون يوما تصب من تاريخ تسليم هذه الأخيرة، الأماكن الذي يقترض أن توضع فيها⁶⁹⁷ يشار إليه تحت طائلة البطلان أيضا - أي أن المبالغ المدفوعة من قبل المقرض كانت مخصص لأداء ثمن شرائها وتحدد وتوصف بدقة الأدوات المشتراة تمسيرا لها عن تلك التي تكون في ملك المدين الراهن، ويعين المعلن الذي سبقت فيه أو يشار إلى قابليتها للاستغلال⁶⁹⁸.

وفصلا عن ذلك، ينبغي تقييد الرهن تحت طائلة البطلان - خلال أجل عشرين يوما من تاريخ المحرر المسمى له في سجن خاص تمسكه كتابة ضبط المحكمة التي تسجل الأدوات المرهونة بدفترتها، أو في

693- تبعا لما تنص عليه المادة 333 من مدونة التجارة.

694- ههنا يستفاد من المادة 355 والفقرة الأخيرة من المادة 357 والفقرة 1 من المادة 370 ثم الفقرة 1 من المادة 371 من نفس المذونة.

ولا توجد الإثارة، أي أن حدى المدين يذهب إلى أنه يمكن إنشاء هذا الرهن أيضا حتى في إطار المهن الحرة وذلك بالنسبة للمعدات اللازمة لتجهيز مكاتب المحاسبين وصيداء الأطباء مثلا.

- عبد الرحيم محرز، مرجع سابق، ص 159.

695- تنص الفقرة 2 و3 من المادة 356 على أنه يصعب الرهن في محرر البيع إذ من لفائدة ليقع وفي محرر القرض إذ من لفائدة المقرض الذي قدم الأموال اللازمة لأداء الثمن للمنافع.

696- كما تنص على ذلك الفقرة الأخيرة من المادة 356 و695- وفق ما تم ذكره في الفقرتين 4 و5 من المادة 356.

السجل التجاري⁶⁹⁶ الذي تمكنه المحكمة المقعدة فيه مفاولته متى كان المدين الراهن مقبدا فيه بصفته ممارسا لنشاط تجاري أو صناعي⁶⁹⁷

ثالثا : ضمانات الدائن الراهن في رهن أدوات ومعدات التجهيز

صممت لحقوق الدائن المرتهن، في المشرع قصى بهه بمجرد تقييد الرهن وفق ما أشرنا إليه سابقا - قبله ينشأ للدائن المرتهن حق امتياز على الأدوات والمعدات بحوله استبقاء حقوقه مباشرة من ثمن البيع بالأفضلية على امتيازات أخرى مع مراعاة بعض الاستثناءات المقررة في هذا الباب⁶⁹⁸.

696- كالمعبد من نظرائه، أولى المشرع المغربي عناية بالغة للسجل التجاري حيث نظم المشرع في الحيد من النصوص اعتبار لأهميته بالنسبة للمفاولة سواء كانت فردية أم جماعية - لاسيما وأنه يلعب دورا أساسيين، أحدهما إشهاري، يتمثل في إشهار الحقوق والالتزامات لكي يعلم بها الكافة، تحريرا مبدأ التسفعية الذي ينبغي أن يرتكز عليه كل نظام اقتصادي تنافسي، والآخر توثيقي، قوامه حفظ الحقوق لأصحابها، هذا إلى جانب أنه جعله من أهم الالتزامات المعروضة على التجار سواء كانوا أشخاص طبيعيين أم معنويين - معارفة من جانب - الذين يرولون نشاطا تجاريا في تراب المملكة، وكذلك على فروع أو وكالات لمفاولات المغربية أو الأجنبية والممثلة التجارية أو الوكالات التجارية لدول أو لجماعات أو لمؤسسات عامة أجنبية، علاوة على المؤسسات العامة المغربية ذات الطابع الصناعي أو التجاري والمجموعات ذات النفع الاقتصادي.

راجع في هذا الشأن المواد من 36 إلى 68 من مدونة للتجارة

697- تطبيقا لمقتضى المادة 357:

698- في هذا الصدد، تنص الفقرة 1 من المادة 365 على أنه:

"يمارس امتياز الدائن المرتهن على الأموال المنقولة بالأفضلية على الامتيازات الأخرى باستثناء:

1- امتياز المصاريف القضائية،

2- امتياز مصاريف المحافظة على الشيء،

3- الامتياز الممنوح للمأجورين بمقتضى الفقرة الرابعة من الفصل 1248 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود.

غير أنه لا يمكن للدائن المرتهن المنفعة من هذا الرهن أن يمتنع به تجاه الدائنين الآخرين إلا إذا بلغهم بسحبة من المحرر الممنون للرهن وفق الفروع المتصلة في قانون المصطرة المدنية، وذلك خلال الشهرين المواليين لإبرام الرهن تحت طائلة البطلان.⁶⁹⁹

كذلك، فإنه مع المدين من توقيت كل أو بعض الأدوات المرهونة قبل الوفاء، ما لم يحصل على موافقة الدائن المرتهن أو عند الاقتضاء على إذن من قاضي المستعجلات، تحت طائلة تعرضه لعقوبة حبسية وغرامة⁷⁰⁰ بل إنه أجبر الدائن المرتهن أن يطالب قاضي المستعجلات الموجود في دائرة اختصاصها المحل الذي تستغل فيه المعدات المنقولة بالرهن، بتعيين وكيل قصائي من محل معاينة حالته، وإصدار أمر بالاستحقاق الفوري للدين، فيما لو أسفرت المعاينة عن تغيير طابعها -كثف أو اختلاس ونحوهما- وذلك بعرض النظر عن العقوبات المنصوص عليها في المادة 377 من مدونة التجارة، والتي تتمثل في الحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين وغرامة يتراوح قدرها ما بين 2000 و 10.000 درهم⁷⁰¹

الفقرة الثانية: رهن بعض المنتجات وبنود

لقد ارتبنا صمم هذه الفقرة، أن نسلط الضوء على خصائص هذا النوع من الرهن وكذا على الإجراءات المتبعة فيه:

699- أنظر الفقرة الأخيرة من المادة 365.

700 أنظر المادة 377 وكذا المادة 377 فيما يتعلق بالإجراء المذكور.

701- تعود المادة المشار إليها أعلاه أنه:

"يعاقب بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين وغرامة يتراوح قدرها بين 2000 و 10.000 درهم كل عثر أو حائل للأموال المرهونة طبقاً لأحكام هذا الباب حاول إتلافها أو حاول إتلافها أو باحتلاسها أو حاول اختلاسها أو بتغييرها أو كما تجري نفس العقوبات على كل من قام بأي عمل تكليس من شأنه حرمان الدائن من الاستيلاء المخول له في الأشياء المرهونة أو لإضعاف هذا الاستيلاء".

أو لا، خصائص وهي بعض المنتوجات والمواد

يشكل رهن بعض المنتوجات والمواد الذي تعرض له المشروع هي المواد من 174 إلى 192 من مدونة التجارة⁷⁰² للنوع الثاني من الرهن الذي لا يفصل إلى نقل الحيازنة، وإنما تظل هذه الأخيرة بيد المدين الراهن الذي يصبح حارساً لها أو تملك لهذا الغرض إلى أحد من المهر يتعين عليه صراحة بينه وبين الدائن المرتهن⁷⁰³.

وبعبارة أخرى، فإن هذا الرهن لن يكتسب صفة بالصفة بل ذات المرتهن أي المقرض، فإنه من منظور آخر بعد إمكانية وضعها للمشروع بين يدي مالك المنتوجات والمواد تسمح له بوصفها موصفاً رهنياً مع الاحتفاظ بحيازتها، علماً بأنه قد هذا الفرص بصفة لا يجرى - مبدئياً - أن تفوق سنة، لكنه يخص بتجديده وفق الشكليات المتعاقبة قانوناً داخل أجل ثلاثة أشهر من يوم استحقاقه⁷⁰⁴.

هذا، وتتمثل الأشياء المرهونة في هذا الرهن، فهي بعض المنتوجات والمواد المحددة في فائقة بقرار وزير، أي أن المنتوجات والمواد القابلة للرهن في نطاق المواد من 378 إلى 392 هي تلك للمبيعة

702- تنص المادة 733 منها على ما يلي:

"إن أحكام هذا القانون - أي القانون رقم 19 95 - تنسخ وتلغى الأحكام المتعلقة بالموصوعات نفسها فيما وقع تغييرها أو تغييرها، مع من عاد مقتضيات المادة 733 ولانها أحكام النصوص الآتية:-

...

- الظهير الشريف الصادر في 20 مارس 1951 بشأن رهن بعض المواد والمصنوعات..."

ومكداً، فإن تنظيم رهن بعض المنتوجات والمواد كان قد تم بموجب الظهير الصادر بتاريخ 20 مارس 1951 المعدل بظهير 7 يوليو 1953.

703- وفي ما يخص عليه الفقرة 1 و 2 من المادة 378 من نص المدونة.

704- عملاً بالمادة 380 من المدونة.

في الفقرة المذكورة^{٣٦٥} بناء على قرار وزير المالية^{٣٦٦} في ١١ نوفمبر ١٩٥١ المتمم عدة مرات^{٣٦٦} وعلى هذا الأساس،^{٣٦٦} كل ملة أو متوحد لا يدرج في عدد هذه القائمة، فإنه لا حصه^{٣٦٦} له، وإنما تسري عليه القواعد العامة للرهن الحباري.

ثانياً: إجراءات رهن بعض المنتوجات والمواد

إن رهن بعض المنتوجات والمواد لا يشأ إلا بموجب محضر رسمي أو عرقي يشار فيه إلى اتفاق المتعاقدين على التقيد بالتصديق المنظمة للرهن^{٣٦٧} على أن يتضمن مائة البيانات اللازمة التي حصص المتعاقدين - كالاسم العائلي والشخصي، وصلة موطن كل واحد منهم - وكذا تلك المرتبطة بالقرص من حيث مبلغه، ومدة وسعر الفائدة المتفق عليه، وبوعية ومواصفات ومقدار وقيمة المنتوجات المرهونة ومكان يداها، واسم وعنوان المؤمن إذا كان المنتوج مؤمناً عليه والزهرن السابقه التي أتقلت نص المنتوجات والمواد^{٣٦٨} وأن يفيد في سجل خاص تسكه كتابة صبط المحكمة الموجودة بدائرتها المنتوجات والمواد المرهونة^{٣٦٩}.

٣٦٥- كالسكر الحام، والحبيد الأبيض، والجلود الحامة للأبقار، والقطن الخام والصوف وسيق الصوف، والمواد المعدنية، والمواد المعدنية، وغير ذلك مما ورد في تلك القائمة.

٣٦٦- أنظر في هذا الشأن:

- قرار ١٧ جئير ١٩٥١ قرار ٢٠ أبريل ١٩٥٢. قرار ٣١ يناير ١٩٥٣ قرار ٤ يوليو ١٩٥٨ قرار ٣٠ يونيو ١٩٥٨. قرار ٢٣ يوليو ١٩٥٩. قرار ٢٥ غشت ١٩٦٢. قرار ٢٤ سبتمبر ١٩٦٣. قرار ١٧ فبراير ١٩٦٦. قرار ٢ يوليو ١٩٧٠.

٣٦٧- المقررة في الباب الثاني من القسم الأول من الكتاب الرابع من مدونة التجارة

٣٦٨- الشيء الذي تؤكد الفقرات من ١ إلى ٣ من المادة ٣٧٩.

٣٦٩- وهو إجراء آخر نطلبه المشرع، وقد تم للتصديق عليه في المادة ٣٨١.

والمقصود من هذا الأمر، يجوز المقترض أن يحتفظ بحق استعمال المنتوجات المرهونة أو بيعها بالقرض على أداء الدين، وكذا رد الدين المضمون بالقرض ولو كان حاول أن يستعاقبه⁷¹¹ كما يحق للمعرض أن يطالب بمسئله ببيع الأشياء المرهونة عند عدم الوفاء بهذا الأخير داخل أجل عشرة أيام من تاريخ الاستحقاق⁷¹² بحيث يمكنه استيعاء دينه من ثمن البيع بعد خصم المصاريف بامر من رئيس المحكمة إذا كان هذا الأخير كافيا، وإلا فإنه يمدح أجل ثلاثين يوما - بحسب من تاريخ البيع - لتزجوج بها تبقى على المقترض⁷¹³.

وفي حالة ما إذا وفي المقترض بالدين أو رفع المعرض يده عن الشيء المرهون، فإنه يتم للتشطيب على تقييد الرهن ويشار إلى التسديد أو رفع اليد في السجن الذي تعسكه كئيلة ضبط المحكمة الموجودة بدائرتها المنتوجات والمولد المرهونة، كما يشطب عليه تلقائيا بعد مضي سنة وثلاثة أشهر ولم يقع تجديده قبل انقضائها⁷¹³.

710- تبعا لما ذكره في المادة 385 من نفس المدونة.

711- بخصوص هذه المسألة تنص المادة 386 من مدونة التجارة على أنه:

"يجوز للمعرض في حالة عدم الوفاء بالدين داخل أجل عشرة أيام من تاريخ الاستحقاق، أن يرفع بذلك مقالا لرئيس المحكمة.

ويصدر الرئيس أمر بعد انتهاء أجل خمسة عشر يوما من يوم ربحه يحدد فيه اليوم والمكان والساعة التي ستباع فيها عموميا السلع المرهونة. ويكفي الأمر علوة على ذلك بهذا البيع في الحالة التي لا يتوفر فيها الدائن على سند تعدي

بحاط المدين علما بأمر رئيس المحكمة برسالة مصمونة قبل تاريخ البيع بخمسة عشر يوما على الأقل كما يحاط الصوم علما بهذا الأمر عن طريق منصفات تعلق في الأماكن التي يبيعها الرئيس ويجوز له أيضا أن يأمر بنشر الأمر في الجرائد ويعاين الشهر بالإشارة إليه في محضر البيع.

يشار في هذا المحضر أيضا إلى حضور الدين أو عيابه.

تطبق مقتضيات فقرة المسطرة المدنية المتعلقة بالبيع بالمراد العيني."

712- انظر الفقرة 1 من المادة 387 والفقرة الأخيرة من المادة 389.

713- الشيء الذي تفيد به كل من المادة 383 و384 من المدونة.

نكن، إذا تبين من المعايير التي يجرى بها الوكيل القضائي
المعين قبل رئيس المحكمة لمكان حفظ الأشياء المرهونة، على طلب

714- رافعا لأي لعم نرى التنبية، إلى أنه لا يقصد بالوكيل القضائي المذكور
أعلاه -الذي يكون إما موصيا قضائيا أو حبرا أو عونا من أعوان القضاة- لتسليم
لكتبه للصبط، والذي يعينه إما القاضي أو رئيس المحكمة الابتدائية بصفته القضاة
للمستعجلات وذلك بالنظر إلى طبيعة الإجراء المراد تحقيقه- للوكيل القضائي كأحد
مساعدتي القضاء، حيث كان يعين بقرار لوزير العدل وبعض نعتت من أقره من
الأخير

ما مهنته فكانت منظمة بموجب ظهير 7 شتنبر 1957 الذي حل محل ظهير 7
شتنبر 1925 حول أهلية الوكيل القضائي في مادة العقار غير المحظ، ركزت
مهمته تنبيه تلك التي تقوم بها المحامي في إطار الدفاع عن الموكل لأسباب لم
القضاء للشرعي وفي قضايا الأحوال الشخصية والميراث للمعسر والمعتق
قضايا لمعتق غير المحظ، وهي مهنة انقرضت لمع ظهور وانتشار مهنة المحاماة
كما لا يقصد به الوكيل القضائي للمملكة، الذي يعتبر أحد الأطر الإدارية بوزارة
المالية، والذي تتمثل مهمته إجمالا في الدفاع عن الدولة، أو إدارتها بـ مؤسساتها
العمرية - سواء بصفتها مدعية أو مدعى عليها - في القضايا التي تتعلق
بمديونيتها ما عدا قضايا الضرائب والأملاك المحزبية.

ولا نغفرا الأثر، إلى أن المشرع المغربي نقبس مؤسسة الوكالة القضائية من
النموذج الفرنسي، وذلك منذ سنة 1928، وأدخل عليها عدة تعديلات كل أحدها
بموجب ظهير 2 مارس 1953 المتعلق بإعادة تنظيم الوكالة القضائية المنشور
بالجريدة الرسمية عدد 2109 بتاريخ 27 مارس 1953، ص 444 في مستنها بالغة
الفرنسية- التي أصبحت تعرف فيما بعد بالوكالة القضائية للمملكة.

وتعد هذه الأخيرة جهازا إداريا تابعا للوزير المكلف بالمالية تشارك به أساسا مهمة
الدفاع عن الدولة المغربية في دعوى التصريح بملكويتها التي لا علاقة لها
بالضرائب والأملاك المحزبية.

ونظرا لما كشفت عنه التطورات السريعة التي شهدها المغرب في مجال حماية
الحقوق والحريات، واتساع مجالات تدخل المرافق العامة، من صحت مؤسسة
الوكيل القضائي للمملكة كأداة لتكريس مبدأ المشروعية من خلال ترشيده السلوك
القانوني لهذه المرافق وودايتها من المستطير القانونية، والسفاح عن أموالها
ومصالحها أمام القضاء الوطني والأجنبي، فإن السلطات المختصة لوصلت أعلاه
النظر بشكل جدي في الإطار القانوني والمؤسسي للوكالة القضائية للمملكة، بما
يسمح بتوسيع نطاق اختصاصاتها من خلال تحويلها إلى هيئة مستقلة تسمى "هيئة

من المفروض، أن هذه الأخيرة تعرضت للنقص، فإنه يجوز له إقامة دعوى لدى رئيس المحكمة بصفتها فاضلاً بالمستعجلات قصد الأمر بالاستحقاق الفوري للدين⁷¹⁵ وذلك بصرف النظر عن المعونات المقررة في هذا الباب للأفعال التي يقترفها المقرض عمداً أو يكون من شأنها الأضرار بالدين، ولقبي تتمثل في الحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين وبغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم⁷¹⁶.

فصلها الدولة" تقوى وجوباً تمثل الدولة بجميع إداراتها ومؤسساتها العمومية وجماعاتها الترابية في جميع المبرعات التي تكرر طرف فيها سواء بصفتها مدعية أو مدعى عليها أمام المحاكم الوطنية وأمام هيئات التحكيم الوطنية والأجنبية المزمسة السابقة والخاصة عملاً بمقترح قانون تم تقديمه في 19 فبراير 2013، إلا أنه لم يرد في النور إلى يومنا هذا.

715- عملاً بالمادة 390 من المدونة

716- نفس المادة 389 على أنه:

"يماقب بالحبس لمدة تتراوح بين ستة أشهر وستين وبغرامة من 2000 إلى 10.000 درهم كل مقرض أدلى بتصريح كذبي أو رهن ملعاً كس قد وقع رهنها من قبل دون سابق إشعار للمقرض الجديد بذلك أو احتلس أو بدد أو أثلف الشيء المرهون عمداً إضراراً بالدين".

المبحث الثاني

عقود الوساطة التجارية

لقد تطورت المعاملات التجارية ونشطت معها الوساطة⁷¹⁷ إلى درجة أن أصبح من الضروري تدخل الوسطاء لتسهيل عن طريق ربط التواصل وتقريب الأطراف في العلاقات التجارية وتنوع الوساطة التجارية بالنظر إلى العقود التي ترد عليها وكذا الدور الذي ينهض به هؤلاء الوسطاء في سبيل إبرام هذه الأخيرة⁷¹⁸.

717- كان من نتيجة التطور التكنولوجي، أن ظهر نمط جديد من الوساطة، ألا وهو "الوساطة الإلكترونية" التي أصبحت تتم عن طريق تقنيات المعلومات عبر مواقع إلكترونية من أجل التقريب بين العرض والطلب.

718- تناول الظهير الشريف رقم 114193 الصادر بتاريخ 24 دجنبر 2014 بتحديد القانون رقم 03/12، المنطبق بمؤسسة الائتمار والهيئات المعتمدة في حكمها صموه الباب الثاني من القسم السابع الوساطة في العمليات المعجرة من لدن مؤسسات الائتمار، حيث يعتبر وسيطا في العمليات المذكورة، في منطوق المادة 161 منه "كل شخص يحترف بصفة احتياطية ربط الصلة بين لأطراف المعية لإبرام إحدى العمليات المنصوص عنها في المادة الأولى أعلاه دون أن يكون صامتا للوفاء ولا يجوز أن يمارس نشاطا لوسيط إلا بين شخصين يكون أحدهما على الأقل مؤسسة للائتمار".

وطبقا للمادة 163 منه:

"تدور الوساطة في العمليات المعجرة من لدن مؤسسة الائتمار نشاطهم عملا بوكالة سلمها إحدى مؤسسات الائتمار، وتصر هذه الوكالة على طبيعة وشروط العمليات التي لأجل الوسيط يقيم بها".
وحسب المادة 164 منه:

"تتمتع مزاوية مهنة الوسيط في العمليات المعجرة من لدن مؤسسات الائتمار على كل شخص تمرى عليه أحكام المادة 38 من هذا القانون".

كما أن الظهير الشريف رقم 03/94 الصادر بتاريخ 11 شتنبر 2003 بتحديد القانون رقم 99/65 المنطبق بمزاوية لشغل الفرد للكتاب الرابع من هذه الأخيرة "الوساطة في الاستقدام وتسجيل لأجراء" الذي نص على ما يلي:

- "تقسم بالوساطة في أحكام هذا الباب - أي الباب الأول من الكتاب الرابع - جميع العمليات الهانفة إلى تسهيل التقاء العرض والطلب في مجال التشغيل، وكذا

وما يعتبرنا هو أن المشرع اعتبر الوساطة والوكالة بالحصول، من أعمال الوساطة التجارية، إذ جاء في البند الخامس من المادة السادسة من سوية التجارة ما يلي:

تتبع من أمانة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعدد المتعلق بالنسبة في سجل التجاري، تكتسب صفة فاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

٥) الوساطة والشركة بالمعولة وغيرهما من أعمال الوساطة.

وتتبع كلمة "وغيرهما" عقدا آخر لم يذكره المشرع في المادة السادسة من الكتاب الأول من المدونة، وإنما في كتابها الرابع وبفصد عقد الوكالة التجارية.

والجنير بالملاحظة، أن مدونة التجارة أدرجت أيضا في عدد الأنشطة التجارية التي ساققتها في المادة السادسة- وبالصبط في البند الثالث عشر منها- مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإتجار، تلك المكاتب والوكالات التي تحتص على وجه الاحتراب بتقديم خدماتها للناس مقابل أجر أو عمولة، وذلك بهدف تسهيل إنجاز

جميع الخدمات المقدمة لطالبي الشغل والمشتغلين من أجل إنعاش التشغيل وتنشيط الإلماج المهني.

- "تتم الوساطة في مجال التشغيل عن طريق مصالح تحدث لهذه الغاية من قبل السلطة الحكومية المكلفة بالشغل..".

- "يمكن أيضا لوكالات التشغيل الخصوصية أن تساهم في الوساطة بعد الحصول على ترخيص من السلطة الحكومية المكلفة بالشغل.

يقصد بوكالة التشغيل الخصوصية كل شخص اعتباري يقوم بالأعمال التالية أو بإحداها.

أ- للتقريب بين طلبات وعروض الشغل دون أن يكون القائم بالوساطة طرفا في علاقة الشغل التي قد تنشأ عن ذلك..".

راجع في هذا الشأن وعلى التوالي: المادة 475 والفقرة 1 من المادة 476، ثم المادة 477 من المدونة أعلاه.

معاملاتهم، كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لمكتب العدل، ومكاتب الاستشارة القانونية أو المصرفية، ووكالات التأمين،⁷²⁰ ^{حدا في}

وعلى هذا الأساس، تعتبر أعمالها تجارية بصرف النظر عن الخدمات التي تتوسط فيها، أي سواء كانت تجارية أو مدنية. ومما نطقت بمفولات أو عقارات، على عكس الريد، الذين لا تكون أعمالهم تجارية إلا إذا كانوا تجاراً وتعلقت هذه الأخيرة بتجارهم، في الريد،⁷²¹ بكتسبون صفة تاجر.

ويستحضر هذا الظهير 12 يناير 1945⁷²¹ المصنم لمهنة وكيل الأعمال الذي نص في الفصل الأول منه على أنه:
طبقاً لهذا الظهير، يعتبر وكيل أعمال الأشخاص الذاتيون والمصنوعين:
1- الذين يزاولون عادة مهنة:
- ميسر أو وسيط لبيع العقارات أو الأصول التجارية ..
- ميسر أعمال الغير سواء كانت موضوع نزاع لم لا...
2- ...

719- إن أعمال هذه المكاتب والوكالات هي أقرب إلى أعمال التسميرة أو الوساطة في رأي عدد رجال الفقه القانوني.

- عر الذين يستقي، مرجع سابق، ص 150.

720- لقد اعتبرهم المشرع كذلك من أجل توفير الثقة والاطمئنان لدى المتعاملين معهم، رغم أن أعمالهم لا تتعلق بتداول الثروات، بل تعتمد فقط على المجهودات والجهود الشخصية.

وبعبارة أخرى، فإن أعمال هذه المكاتب والوكالات لا تدخل في دائرة الأعمال التي تتركز على الوساطة في تداول الثروات، بل إنها عبارة عن نوع آخر تأجير للخدمات مع اشتراط معه تنظيمها في إطار الأعمال المدنية وليس التجارية، ومع ذلك وحملها للمتعاملين معها وتمكينهم من الاستفادة من أحكام القانون التجاري الذي تخضع له، اعتباراً تجارية.

لأحد فكرة عن هذا الموضوع راجع:

عر الذين يستقي، دراسات في الفقه التجاري المغربي، مرجع سابق، ص 148، إلى ص 150

721- المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 26 يناير 1945. ص 38.

والذين - عدا المحامين⁷²² - يتكلفون عادة بالترجمات أو تحرير العقود... أو يرولون مهنة مستشار قانوني أو صريبي...".

كما لا نغفل الإشارة، إلى أنه في السنوات الأخيرة، وضعت وزارة العدل والحريات مشروع قانون تحت رقم 88.12 حول تنظيم مهنة وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ⁷²³.

هذا، وبدراسة لعقود الوساطة التجارية، سنتناول تباعا العقود المقررة في مدونة للتجارة، وهي عقد الوكالة التجارية، وعقد الممصرة ثم عقد الوكالة بالعمولة.

⁷²² - فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 101.

⁷²³ - عز الدين بنعنتي، مرجع سابق، ص 150.

⁷²⁴ - نفس المادة 1 منه على أنه:

"نمارس - مهنة وكيل أعمال محرر العقود ثابتة التاريخ بصفتها مهنة حرة من طرف كل شخص ذاتي يتكلف بتحرير العقود ثابتة التاريخ..
يشتر في هذا القانون إلى وكيل الأعمال محرر العقود ثابتة التاريخ بكونه أعمال".
وردد في المادة 2 منه أنه:

"تتألف مهنة وكيل أعمال مع جميع الوظائف الإدارية والقضائية، كما تتألف مع مهنة محام أو مرتقي أو عدل أو ناخب أو مفوض قضائي أو ترجمان، وكذا مع كل نشاط تجاري أو معتبر كذلك بمقتضى القانون".

المطلب الأول الوكالة التجارية

إلى جانب وظيفتها القانونية المتمثلة في تحويل الذل من صاحب
تعمل وكيله أمام الغير عن طريق التوسط في المعارض، السالك
بصورة معتادة مع هذا الأخير بشأن عمليات تجارية، فإن له دور
التجارية للعب دورا اقتصاديا مهما بوصفها إحدى الآليات الفاعلة من
تنظيم المعاملات التجارية، لا سيما في البلاد التي تعتمد سواقها على
الاستيراد، حيث يقوم الوكلاء كوسطاء بين المنتجين والمستهلكين

وهكذا، فإن اتساع نشاط المؤسسات الخدمية والإنتاجية -
الأجنبية منها والوطنية- حذا بها إلى تكثيف جهودها للقيام به معتمدة في
ذلك على وكلاء متخصصين يتوفرون على قدرات مالية وحيرة تمكينهم
من معرفة أحوال السوق وحاجيات الموكل سواء من حيث اقتناء المواد
الأولية أو من حيث نصريف منتجاته في الأوقات المناسبة وبأفضل
الشروط والأسعار⁷²⁴.

رأى اعتبارا للأهمية التي نكتسبها الوكالة التجارية، فإن المشروع
لغتم بتنظيمها، إذ على الصعيد الدولي، نجد بعض المحاولات الرامية
إلى توحيد أحكامها ووضع حلول لتزاعاب الأطراف الدولية، تبنتها
عرفة التجارة الدولية سنة 1960 ومعاهدة روما لتوحيد القانون الخاص
سنة 1961⁷²⁵ كما لحظتها التشريعات الداخلية بعدد من درجات متفاوتة

724- انظر في هذا المعنى.

- عزيز المكي، مرجع سابق، ص 367.

- لحد شكوي المباحي الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمعاملات
التجارية والمدنية، دراسة معمقة في قانون التجارة المصري الجديد والفقهاء
لفقهاء المعرو الثاني، الطبعة الأولى، سنة 2001 ص 183.

725- انظر في هذا الصدد:

- ملحد محمد عبد الرحمن خليفة، الوكالة التجارية، أطروحة لنيل الدكتوراه في
القانون الخاص سنة 1977 ص 7 وما بعدها، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

حيث في البعض منها اهتم أكثر بالجانب الإجرائي -أي بممارسة أعمال الوكالة التجارية كمهمة تستلزم في القائم بها توفره على شروط معينة⁷²⁶ بينما ركز البعض الآخر أساساً على تنظيمها من الناحية المصوغية كتحديد حقوق وواجبات الأطراف المتكحلة بها⁷²⁷.

ولم يبق التشريع المغربي بمبدأ من هذا التدخل، وإن جاء متأخراً بالمقارنة مع تشريعات أخرى، ذلك أن ظهير 12 غشت 1913 لمعكّن القانون التجاري الملغى، ثم يفرد بين ذنبيه حيراً لهذا العقد⁷²⁸ وبالتالي قبل أول تنظيم قانوني له كان بموجب الظهير الشريف الصادر في فاتح غشت 1996 المتعلق بمدرسة التجارة التي خصصت له المواد من 303 إلى 404 منها بعد أن ألحقت إليه بكيفية غير مباشرة في البند التاسع من المادة السادسة بقولها:

"... تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية.

و) السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة" ومن هذه الأخيرة للوكالة التجارية لأن لفظ "وغيرهما" يستعملها أيضاً.

726- مثلاً هو الشأن بالنسبة لقانون تنظيم أعمال الوكالة التجارية الكويتي رقم 36 لسنة 1964 الصادر في 15 يوليوز 1964. المنشور بحريّة الكويت العدد 486. بتاريخ 19 يوليوز 1964 وقانون تنظيم أعمال الوكالات التجارية الليبي رقم 33 لسنة 1971 الصادر في 27 أبريل 1971. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 33 بتاريخ 17 يوليوز 1971. وقانون تنظيم أعمال الوكالة التجارية المصري رقم 120 لسنة 1982 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 21 بتاريخ 5 غشت 1982 وغيره.

727 وهو النهج الذي اعتمدته المرسوم اللبناني رقم 34 لسنة 1967 المتعلق بالتمثيل التجاري الصادر في 5 غشت 1967. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 64 بتاريخ 10 غشت 1967. والمرسوم الفرنسي رقم 1345 58 الصادر في 23 جويلية 1958. المنشور بالجريدة الرسمية بتاريخ 28 جويلية 1958. المغير بالمرسوم رقم 93 91 الصادر في 25 يونيو 1991.

728- لأنه لم يكن يعرف من الانتشار في الممارسة العملية ولا من الأهمية التقدير الذي يستلزم من المشرع أن يضيف عليه اسم خاصاً به ويتأمله بالتنظيم على غرار باقي العقود التجارية الأخرى.

ولملاحظ أن هذا التنظيم في مجمله يمزج ما بين المقصد الموضوعية التي تحكم العلاقات التعاقدية الناشئة عن عقد المدنية التجارية، وبعض الإجراءات التنظيمية كضرورة تسجيل هذا الأخير في السجل التجاري⁷²⁹ وحصول الوكيل التجاري على البطاقة المهنية⁷³⁰ المسماة له من قبل غرفة التجارة والصناعة والخدمات

الفقرة الأولى: ماهية الوكالة التجارية

لن ندخل الصحيح إلى الوقوف على ماهية الوكالة التجارية بوصفها أول عقد وساطة تجارية الخاضع به المشرع المغربي عقود الوساطة التجارية كما صاغها في مدونة التجارة، يقتضي مذاً من ناحية سلبط للصورة على مفهومه، ومن ناحية أخرى تبين طبيعته القانونية ذلك من خلال إيراد الخصائص الأساسية المميزة له، وتمييزه عن بعض العقود، لا سيما تلك القائمة على فكرة الوساطة التجارية نظراً لوجود قوس مشترك بينهما.

729 - صلا بالمادة 37 من مدونة التجارة التي تنص على ما يلي:
"يلزم بالتسجيل في السجل التجاري، الأشخاص الطبيعيون والمعنويون، مغاربة كانوا أو أجانب، الذين يزاولون نشاطاً تجارياً في تراب المملكة.
ويلزم بالتسجيل علوة على ذلك،
1- كل فرع وكالة نكل مقولة مغربية أو أجنبية،
2 كل مكتب تجاري أو وكالة تجارية دول أو جماعات أو مؤسسات عامة لجبية..."

730 - وهو ما يستتف من الفقرة الأخيرة من المادة 4 من القانون رقم 38.12 المنظم بالنظام الأساسي لغرف التجارة والصناعة والخدمات، حيث جاء فيها أنه:
"علوة على المهام المشار إليها أعلاه تؤدى لغرف لتسليم الوثائق المطلوبة من لدى المصدع والتجار ومتعهدي الخدمات لأجل استعمالها لدخل المقرب وحلوجه ولا سيما شهادات المنشأ بالنسبة للسلع المراد تصديرها وكذا للبطائق المهنية".

أولاً، تعريف عقد الوكالة التجارية

إن الوكالة المفصولة هنا، هي عبارة عن وكالة نابية تسمى "وكالة العقود" 731 بموجبها يتعاقد الوكيل للتجاري باسم الموكل ولحسابه، وهو نفس المسمى الذي أخذ به المشرع المصري في المادة 393 من مدونة التجارة 732 حيث جاء فيها إن عقد الوكالة التجارية:

731- يخصص المشرع المصري الفصل الخامس من قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999 للوكالة التجارية التي تنقسم إلى نوعين؛ هما الوكالة بالعمولة ووكالة العقود هذه الأخيرة التي عرّفها المادة 177 بكونها:

"عقد يلتزم بموجبه شخص بأن يتولى على وجه الاستمرار، وفي منطقة نشاط معينة، الترويج والتفاوض وإبرام الصفقات باسم الموكل ولحسابه مقابل أجر ويعود أن تشمل مهمته على تنفيذها باسم الموكل ولحسابه".

وهكذا، يكون العقد حسب التشريع المصري "وكالة عقود" عند تعاقد الوكيل باسم ولحساب الموكل، و"وكالة بالعمولة" في حالة تعاقد الوكيل باسمه ولحساب موكله.

نظر بخصوص وكالة العقود:

- لكن لمين الحولي، للوسط في القانون التجاري، الجزء الرابع العقود التجارية الطبعة الأولى، سنة 1958، ص 261

- رضا السيد عبد الحميد، إنهاء وكالة المفرد ولثمة في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999، دراسة مقارنة مع القانون الكويتي والقانون الفرنسي طبعة 1999-2000، ص 4.

732- التي تشبهها من حيث الصيغة- إلى حد ما- على مستوى التشريع المقارن وعلى سبيل المثال فحسب، كل من المادة 625 من المجلة التجارية التونسية، والمادة الأولى من مرسوم الوكلاء التجاريين اللبناني الصادر في 25 يونيو 1991، وإن كانت كل منهما قد ركزت على التعريف بالوكيل التجاري وليس عقد الوكالة التجارية، حيث ورد في الأولى أنه:

"يعتبر وكيلًا تجاريًا، الشخص الذي يلتزم عادة بإعداد عقود البيع والشراء وبوجه عام جميع المعاملات التجارية الأخرى باسم تاجر ولحسابه الخاص، دون أن يكون مرتبطًا معه بعقد إجارة عمل".

وجاء في الثانية أنه:

"يعتبر الوكيل وكيلًا مستقلًا ولا يرتبط بالموكل بعقد إجارة الخدمة أو الصفة ويتحمل بصفة دائمة المفاوضات واحتمالًا إبرام عقود البيع والشراء والكراء أو

مهمة
للمتخصصين
عقد الوكيل
الأخير في
قوة المصلحة

التجارية
عقود
ناحية
قانونية
عن
نظرا

"بعد يلتزم بمقتضاه شخص وبنون أن يكون مرتبط بمقتضى
بالتفاوض أو بالتعاقد بصفة معتادة، بشأن عمليات لهم شريفة أو غير شريفة
وبصفة عامة جميع العمليات التجارية، باسم ولحساب تاجر أو منتج أو
ممثل تجاري" آخر يلتزم من جهة بإدائه أجره عن ذلك".

وهو تعريف من بين ما لاحظناه عليه، أن المشرع لم يطل فيما
يتعلق بالمقتضيات المنظمة له إلى جانب تلك الواردة في مدونة
التجارة - على الفواعد للمنظمة لمعد الوكالة المنصوص عليها في قانون
الالتزامات والعقود، على عكس ما سلكه بالنسبة لمعد الوكالة بالعمولة
حيث نص على ذلك صراحة في الفقرة الثانية من المادة 422 من مدونة
الآخيرة⁷³³.

أداء خدمة باسم ولحساب المنتجين والمصنعين والتجار أو وكلاء تجاريين آخرين
يمكن أن يكون شخصا طبيعيا أو معنويا.
والجدير بالملاحظة، أن التعريفات التي أدلى بها رجال الفقه القانوني لم تخرج عن
مفهوم الوكالة التجارية وإن اختلفت لسانيتهم، إذ منهم مثلا من يرى أنها:
"صلية وسلطة يتولى فيها الوكيل التجاري للتفاوض أو التعاقد بصفة معتادة باسم
ولحساب تاجر ممثل أجر".

- فؤاد معلل، مرجع سابق، ص 101.

ومنهم أيضا من يعتبر الوكيل التجاري:

"ذلك المهني الذي يعمل لحساب مؤسسة أو عدة مؤسسات باسمها ويؤمّن تمثيلها

لدى ربائهن يبحث عنهم، يتفاوض ويبرم العقود كوكيل بدون أن يرتبط بمعد إجارة
الخدمة".

- جبروم هرييه، المطول في القانون المدني، بإشراف جاك غستان، للمجلد الثاني.

ترجمة منصور القاضي الطيبة الأولى. سنة 2003، ص 1199 وص 1200.

733- وللإشارة، فإنه قصي في المادة 404 منها بأنه:

"تطبق مقتضيات هذا القانون على كل عقد وكالة تجارية مبرم مع وكيل مقيم في
قراة المملكة رغم كل شرط محلف".

والجدير بالذكر، أنه إذا ما أوردنا في خضم دراستنا لمعد الوكالة التجارية بعض
مقتضيات الوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، فإن ذلك سيكون
فقط على سبيل الاستئناس وليس على سبيل القياس خصوصا وأن المشرع لم يحل
عليها كما فعل صراحة بالنسبة للوكالة بالعمولة.

كما أنه ينصب على العقد وليس على الشخص القائم به، فضلا عن أن المشرع حدد طيه موضوع الوكالة التجارية في كونه بصورة حاصصة "عمليات البيع والشراء" وبصفة عامة "جميع العمليات التجارية". ولا عجب في ذلك، فالوكالة التجارية وإن كانت حاصصة في معظم المجالات التجارية كالمجال البنكي مثلا، والمياحي، ومجال النقل البحري وغيره، إلا أن لها في البيع والشراء أهمية خاصة نظرا لأن المحرك الأساسي للشاهد التجاري هو عملية البيع والشراء.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فبما نعتقد أنه تعريف يكسبه عيب يكمن في استعمال المشرع لعبارة "ممثل تجاري" في إطار مدونة التجارة في بسفختها باللغة العربية، علما أن هذا الأخير يخضع لمدونة الشغل وليس للمدونة المذكورة، ونسك على عكس النسخة المحررة باللغة الفرنسية التي أرادت عبارة "وكيل تجاري آخر"

والمريد من التوضيح في هذا الخصوص، نشير إلى أن عنصر التنعية القانونية لن كان يعد من العناصر الجوهرية في عقد الشغل، إلا أن المشرع أحد استثناء بالتنعية الاقتصادية، وأخصص تسميته على ذلك فئة من الأجراء لمدونة الشغل، ومن بين هؤلاء الممثلون الوسيط التجاريون.

والممثل الوسيط في المجالين التجاري⁷³⁴ والصناعي، هو الشخص الذي تعهد إليه مؤسسة ما بمباشرة مختلف البيوعات باسمها

734- بالنسبة مرادفاته لأنشطته، يستعين التاجر إلى جانب الوكلاء التجاريين بفئة أخرى من الأشخاص تكون من الممثلين التجاريين سواء كانوا يعملون في محلاته أو خارجها، كما هو الأمر بالنسبة للممثلين المتجولين.

ويشفي الممثلون التجاريون مع الوكلاء التجاريين في أن نشاطهم ينمى على فكرة البيعة عن يعملون لحسابه ويتعلقون مع الغير باسمه ولحسابه بحيث قد يكون محدد أو غير محدد المدة، لكنهم يحتفلون عن هؤلاء من حيث كون العقود التي تربطهم بعض يستخدمهم هي عقود عمل، أما بالنسبة للوكلاء التجاريين فإنها عقود وكالة تجارية.

ولحسابها، وجلب الزبناء إليها، وتصريف مندوباتها وتصانعها اليهم له .
مقابل عن ذلك.

وبعد عقد الممثل أو الوسيط، عقد شغل تسري عليه أحكام مدونة
الشغل، أي كان الوصف الذي يصفى عليه، وسواء كان يعمل لحساب
مشغل واحد أو أكثر - ما دام العقد المبرم مع المؤسسة المضطلة لا
يتضمن أي شرط من شأنه أن يحد من تمثيل مقاولات أخرى طيلة مدة
سريانه - وسواء كان يزاول مهنة أخرى إلى جانب التمثيل التجاري، أو
كان يقوم بمباشرة عمليات تجارية لحسابه الشخصي، إذا كانت هذه
شروط تجيب ذلك.

فالمهم، أن يكون العقد المبرم بينه وبين المؤسسة المضطلة
مكتوباً - كان محدد المدة أم غير محدد المدة - وأن يحدد طبيعة التمثيل
التجاري - الذي يعني أن يمارسه بصورة مستمرة لا فقطاع فيها -
ولجهة التي يتعين عليه أن يزاول نشاطه فيها أو تحت الرضاء التي كلف
بالتعامل معها وتسمية الأدوات المستحقة له⁷³⁵.

ومكد، فإن عقد التمثيل التجاري الذي يخضع فيه الممثل التجاري لسلطة الرقبة
واقترحه من قبل من يستعمله وترتبته به بقلالي علاقة تعية، تسري عليه أحكام
مدونة الشغل وليس مدونة التجارة

⁷³⁵ هي مرس من تحديد المشرع لمجل تطبيق أحكام مدونة الشغل، نص في المادة
2 من هذه الأذيرة على أنه:
"تسري أحكام هذا القانون أيضاً على:

- 1- الأشخاص الذين يصور أنفسهم في مقابلة ما رهن إشارة للزبناء لكي يقدموا
لهم مختلف الخدمات، سواء كان ذلك بتكليف من رئيس المقابلة أو برصاء.
- 2- الأشخاص الذين عهدت إليهم مقولة واحدة وبمباشرة مختلف البيوعات ويتلقى
مختلف الطلبات إذ كان هؤلاء الأشخاص يمارسون مهنتهم في محل سلته لهم
المقولة، ويقفون بالشرط والائتمنة التي تقرصها تلك المقولة.
- 3- .."

"وجاء في الباب السادس من القسم الأول من الكتاب الأول منه، تحت عنوان:

الوسيط في العقود الخاصة: العقود الدلالية والتجارية والبنكية

"وكون المتجول أو الممثل أو الوسيط في التجارة والصناعة" وعلى وجه التحديد في المادة 79 منه ما يلي:

"بعد عقد شغل، كل عقد يكون لتمثيل التجاري أو الصناعي محلاً له، إما كـ الوصف الذي أعطي له، والمعبر بين الوكيل المتجول، أو الممثل أو الوسيط، مهم كـ لقب صفة، وبين مشغله في الصناعة أو التجارة سواء نص العقد صراحة على ذلك أم سكت عنه، في الأحوال التي يكون فيها الوكيل المعجور أو الممثل أو الوسيط:

- يمثل لحساب مشغل واحد أو عدة مشغلين.

- يمارس مهنة واحدة بصفة مستمرة.

- مرفقاً بمشغله بالتزامات تحدّد طبيعة التمثيل التجاري أو الصناعي، أو الخدمات... والجهة التي يجب أن يمارس فيها نشاطه أو تحت طرء التي كلف بالتعامل معها، وسية الإداءات المستحقة له.

لا تحول الأحكام المبيّنة أعلاه دون وجود شروط تسمح للوكيل المتجول، أو الممثل أو الوسيط في التجارة أو الصناعة، بمروءة منه أخرى، أو بمباشرة عمليات تجارية لحسابه الشخصي.

لا تسري أحكام هذه المادة على لأجراء الذين يكفرون عرضاً، إضافة إلى شغلهم داخل المقارنة بالقيام بمسح لدى أرباء يتخصصون عنها فقط ميلعاً محظداً...".

وراء في مطلع المادة 80 له:

"يجب أن تكون العقود المبيّنة في المادة 79 أعلاه مكتوبة.

تبرم هذه العقود حسب اختيار الطرفين بـ لعدة محظدة أو لعدة غير محظدة...".

كما قضت الفقرة 1 من المادة الموالية بأنه:

"يمكن تصميم العقد المنصوص عليه في المادة 79 أعلاه شرطاً يسمح على الوكيل المتجول أو الممثل، أو الوسيط تمثيل مقاولات تجارية أو صناعية، أو منتجات محظدة، مدة سريان العقد".

أنظر بخصوص التكرير لقضائي لهذا الاتجاه الذي سلكته مدونة الشغل بالنسبة لتحديد موافقها من سريان أحكامها على فئة الوكلاء المتجولين أو الممثلين أو المرفقاً، مثلاً:

- قرار المجلس الأعلى عدد 278 الصادر بتاريخ 25 مارس 1985. المنشور بالمجلة المغربية للقانون، العدد الأول، سنة 1986، ص 35 وما بعدها. راجع أيضاً:

- عبد الحفيظ خالفي، الوسيط في مدونة الشغل: الجزء الأول: علاقات الشغل الفرنسية. الطبعة الأولى، سنة 2004، ص 119.

ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد الوكالة التجارية

لعل من شأن تبليط الصوء على بعض الخصائص الأساسية التي ينسب بها عقد الوكالة التجارية وتمييزه عن بعض العقود الأخرى بحلي فكرة ولو تربية عن طبيعته القانونية:

1- خصائص عقد الوكالة التجارية

يتميز عقد الوكالة التجارية بمجموعة من الخصائص، منها أنه عقد رسمي⁷³⁶ ذلك أن المشرع وإن نطنب لإثباته وإثبات مابر لتعديلات التي قد نظراً عنه - عملاً بالعادة 397 من مدونة التجارة - إلا أنه لم يستلزم شكلاً معيناً لإبرامه، وبالتالي فإنه يكفي الاتفاق بين الموكل والوكيل على العناصر التي يعتبرانها أساسية فيه كمحلله ومدته وكذا الأجرة أو العمولة المستحقة للوكيل التجاري، لكي يستج آثاره القانونية.

وعلاوة على ذلك فإنه عقد ملزم للجانبين⁷³⁷ بحيث يرتب التزامات متبادلة ومتقابلة في ذمة كل من الموكل والوكيل، إذ يتعين عليهما تنفيذهما وفق ما تم الاتفاق عليه وما يفرضه حسن النية في المعاملات، كما أنه عقد معاوضة⁷³⁸ يأخذ فيه كل منهما مقابلاً لما أعطاه، وعقد يرتكز أساساً على الاعتبار الشخصي⁷³⁹ الذي يفيد من جهة الموكل أن هذا الأخير لا يهل على إبرام العقد إلا بعد أن تتولد لديه الثقة في شخص معين بالذات يتوفر على المواصفات والقدرات

736- انظر في هذا الصدد:

- عزيل المكي، مرجع سابق، ص 369.

737- عزيل المكي، مرجع سابق، ص 370.

738- نص الإشارة إلى هذه الخصبة في قرار للمجلس الأعلى صدر بتاريخ 13 نوسر 1989 في الملف عدد 2226. لمشور بسجلة لقضاء والقانون. القانون-العدد 42، لسنة 28، ص 28.

739- عزيل المكي، مرجع سابق، ص 371.

المنحصر في من شأنها أن تسعه في تعثله لدى الغير وتصريف متوجاهة في المستهلك لو عرض خدماته عليه بإفصل الطرق والشروط، ويعني من جهة الوكيل اعتماده على مؤهلات الموكل من تمهيد العقد بما يحقق مصالحهما معا.

وهو كذلك عقد يبرمه الوكيل التجاري باسم الموكل ولحسابه - على عكس الوكالة بالعمولة كما مفرد لا حقا - أي أنه بتعبير آخر يلوب عن موكله لدى الغير في أداء المهمة الصوطة به والتي قد تقصر فقط على مجرد التقيم بعمل الدعاية والإعلان والتفاوض معه بخصوص عروض موكله والشروط اللازمة للعمل، كما أنها قد تتعدى ذلك إلى التعاقد معه باسم ولحساب موكله، وحسب منطلق الديانة، فإن آثار العقد المنجز مع الغير تنصرف إلى دمة الأصل أي الموكل⁷⁴⁰.

وهكذا، فإن الوكيل التجاري يكتسب صفة تاجر على الرغم من أنه يمارس للوكالة التجارية باسم ولحساب الموكل، ذلك أن المشرع لم يفرق اكتساب هذه الصفة بممارسة الشخص لنشاطه باسمه ولحسابه وإنما يستلزم مرولة أي نشاط من الأنشطة المعبية في العادة للساسة من موبة التجارة بكيفية اعتيادية أو احترافية، ومنها السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من أعمال الوساطة.

ومن الخصائص المميزة لهذا العقد، كون الوكيل التجاري يمارس بموجبه نشاطه دون خضوع لمراقبة وإشراف موكله لأنه لا يربطه به عقد عمل⁷⁴¹ وإنما هو تاجر يحترف بصفة معقادة أعمال

740- صبيحاً يستقل من مطلع المادة 393 من مدونة التجارة.

741- يقرب عقد الوكالة التجارية من عقد السط في عدد من النواحي، مثل إمكانية إبرامه لمدة محددة أو غير محددة، ونحول العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة في حالة استمرار تنفيذه بعد انتهاء أجله، فضلاً عن طريقة انتهاء عقد الوكالة التجارية غير محدد المدة التي تتصلق مع مضطرة إنهاء عقد الشغل غير محدد المدة فيما يتعلق بوجوب توجيه إشعار إلى الطرف الآخر

الوكالة التجارية⁷⁴² على وجه الاستقلال⁷⁴³ لأن الاستقلال⁷⁴⁴ في ممارسة المهنة يعتبر حصيصة قانونية لا غنى عنها لصحة التاجر

لكن ربما نكل التاجر، نص المشرع صراحة في المادة 393 من مدونة التجارة على أن عقد الوكالة التجارية يبرم دون أن يكون الوكيل التجاري مرتبطاً بمقد عمل وبالتالي يبقى الحاصصة الجوهرية التي تميز عقد العمل عن عقد الوكالة التجارية ويقصد عنصر التبعية، لأن اكتساب صفة تاجر يتطلب الاستقلال في ممارسة المهنة على سبيل الاعيان أو الاحتراف، ولا تحل عنه التعليمات والتوجيهات الصادرة إليه من موكله حاصصة الاستقلال، لأنها لا تصل إلى درجة التبعية كما هو الحال في علاقة الأجير بمشغله.

742- حسبما ورد ذكره في مسأله المادة 393

743- ومن مظاهر صفة الاستقلال هذه إمكانية المصوحة للوكيل في تمثيل عدة موكلين دون أن يترتب ذلك على موافقة أي منهم.

وفي هذا السياق، نص الفقرة 2 من المادة 393 على أنه:

"يمكن للوكيل التجاري أن يمثل عدة موكلين دون أن يلزم بموافقة أي منهم، غير أنه لا يجوز له أن يمثل مقاولات متنافسة".

744- وكما جاء في إحدى الدراسات:

"فإن من يرون الأعمال التجارية يجب أن يكون مستقلاً عن غيره في مزاولة بها ويلتزم بنتائجها سلباً أو إيجاباً، ذلك أن جوهر الأعمال التجارية التي تقوم على المضاربة بقصد تحقيق الربح تقتضي أن يقبل من يقوم بهذه الأعمال ما يترتب عليها من نتائج... والتجربة بما تقوم عليه من ثقة ولتضمن توحى بفكرة الاستقلال بالعميل التجاري وعدم حصره للتاجر في أعماله لأي شخص آخر...

بهم نصب موكلهم وفقاً لتعليماتهم، إلا أنهم لا يخصصون في حرفة الوكالة التجارية ذاتها لإرادة أحد، وإنما يقومون بالتجربة على وجه الاستقلال، وهو ما يكفي لإسباغ صفة التاجر عليهم إذا ما اضرموا هذه الأعمال.

يكون ملماً لأحد الطرفين في إبرام العقود والتي يتوسط فيها، وهو يمارس مهنته على وجه الاستقلال.

ذلك يظهر المشرع... الوكالة التجارية والمضاربة من الأعمال التجارية لأنها تنسجم في تناول الأموال

ثم إن هذا النوع من الوكالات يسمى بالصفة التجارية التي تشكل منط حصوح الوكالة التجارية للمقتضيات الواردة في مدونة التجارة التي تسري على الأنشطة التجارية، ومن بين هذه الأنشطة التي اعتبر للمشرع أن ممارستها على وجه الاعتقاد أو الاحتراف يكسب الشخص صفة تاجر، الممصرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة التي تدخل في نطاقها، أيضا الوكالة التجارية، على أن تكون العملية ذات طبيعة تجارية⁷⁴⁵.

2- تمييز عقد الوكالة التجارية عن العقود المشابهة

من المعلوم، أن الوكالة التجارية لا تعتبر العقد الوحيد الذي بمقتضاه ينولي بعض الأشخاص بتقديم الخدمات للغير أو بالأحرى القيام بمهمة الوساطة، وإنه هناك عقود أخرى تشترك معها في ذلك، برتاليا أن نسوق منها ما يلي:

أ- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الممصرة

الممصرة عقد يكلف بموجبه الممصر من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد في مهلة محددة يستحقها -مبدئيا- إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للطرفاء، من العمل الذي كلفه.

وهكذا، فإن دوره يتحدد في التقريب بين وجهات النظر من أجل إبرام عقد ما، وهو يلتزم بتقديم ضماناته للطرفين معا وتعهذ سائر

فلا وكيل تجاري والممصر وإن كلف أعمالهما تتم لحساب الغير، إلا أن الأمر للتقليدية التجارية يفيد أن حقيقة أعمالهما وضرورتها للجرة يسلوي مع القيام بدات المبدلة التجارية، ومن هذا فمن يمارس حرفة منها يأخذ صفة تاجر".
انظر في هذا الصدد:

- عزيز العكيلي، مرجع سبق، ص 131 وص 132.

745- وهو ما أكد المشرع في المادة 393 بقوله:

"وصفة عامة لجميع العمليات التجارية".

لترسلة المبيعة عن العقد، بكل صدق ودقة وحسن نية، ولا يمكن
مكتفا إلا من أحدهما فقط، تحت طائلة تحميله مسؤولية خطئه، وليس
تجاه كل منهما.

وهو ليس كل يشبه عقد الوكالة التجارية من عدة جوانب، فغير
أنه هو الآخر عقد رضائي، وملزم للجانبين وعقد معاوضة، وعقد يبرم
على الإختار الشخصي، وعلى مبدأ الاستقلال في أداء العمل، وعقد
يحل في عدد العقود التجارية خاصة منها عقود الوساطة، فصلا عن
أن المسمرة شأنها في ذلك شأن الوكالة التجارية هي من الأعمال
التجارية التي لا تكسب من يراولها صفة تاجر إلا إذا تمت على وجه
الاعتدال أو الاحتراف، إلا أنه يختلف عنه من راوليا أخرى من حيث أنه
يضع بأحالة صريحة من لدن المشرع للمبدأ العامة التي تسري على
عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه عليه وفيما عدا ذلك تحكمه
المقتضيات الواردة في مدونة التجارة الخاصة به الشيء الذي يجعله
لا يلبس عقد المقابلة منه إلى عقد الوكالة. ثم إن الوكيل التجاري إذا
كس عانة ما يتعاقد أو يتفاوض باسم ولحساب تاجر أو مفتاح ومن ثم
يقوم بالمعد بصفة عن موكله ويتضمن إليه كطرف رئيسي ولو تقتصر
مهمته على المعاولات، فإن الممصار لا يتعاقد نيابة عن كلفه بالعمل
نفسه بل يؤدي عملا مأثرا قوامه السعي لإيجاد شخص يتعاقد مع هذا
الأخير وفق الشروط التي تم الاتفاق عليها بينهما.

هذا بالإضافة إلى أن أجره للممصار تحدد حسب المألوف
بالاتفاق بينه وبين موكله وبذلك تختلف من عقد إلى آخر، أما أجره
لوكيل تجاري، فإنها تنصب - كلها أو جزئيا - على عمولة تكون
نسبة عدد أو قيمة المعاملات المنجزة خلال سريان العقد، وهو يستحق
هذا العمولة عند إبرام الصفقة سواء بفصل نخطه أو على إثر مساعدة
أحد من الطرفين، وذلك بمجرد تنفيذها من قبل الموكل، أو من التاريخ
لتفرض التسيما طبقا للاتفاق الحاصل مع الطرفين، أو كذلك بمجرد
قيام هذا الأخير بتنفيذها من جانبه.

لم يكن
و تطلبه

ب- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الوكالة بالعمولة

إن عقد الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بنصرف قانوني لحساب موكله في مقابل أجره يستحقها بمجرد إبرام العقد مع الغير، ما لم يكن ضامناً للوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين تعاقد معهم، حيث لا يستحقها إلا بتنفيذ الالتزامات المتفق عليها في العقد بالتصامن معهم.

باعتبار
د يقوم
وعقد
عن
عمل
وجه
أنه
لي
هـ
هـ
أ

وعقد الوكالة بالعمولة يتفق مع عقد الوكالة التجارية في مجموعة من الأمور من ذلك أنه عقد رضائي، وملزم للحائض، وعقد معاوضة، وعقد يقوم على الاعتبار للشخصي، وعلى مبدأ الاستقلال في أداء العمل، ثم إنه يعد من قبيل الأعمال التجارية التي تكسب القائم بها صفة تاجر فيما لو بوشرت على وجه الاعتدال أو الاحتراف، ومع ذلك فإنه يختلف عنه في بعض المسائل الجوهرية في مقدمتها أنه في عقد الوكالة التجارية يتفاوض الوكيل أو يتعاقد باسم ولحساب الموكل وبالتالي فإن آثار العقد تنصرف إلى دمة هذا الأخير، أما في عقد الوكالة بالعمولة، فإن الوكيل يكتسب الحقوق الناشئة عن العقد الذي إبراه ويلتزم شخصياً تجاه الأشخاص الذين تعاقد معهم وإن كان العقد قد أبرم لمصلحة موكله، ناهيك عن أن المشرع، إلى جانب المقننات المنظمة للوكالة بالعمولة الواردة في مدونة التجارة، أحال صراحة على أحكام الوكالة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، كما نص صراحة على الامتياز المحول للوكيل بالعمولة على البصائع الموجودة في حوزته ولو لم تكن مصدر الدين، والذي من شأنه أن يضمن له استيفاء سائر مستحقاته المتعلقة بالعمليات المسجرة مع موكله.

ج- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الترخيص التجاري

يعتبر الترخيص التجاري أسلوباً مبتكراً أو تقنية حديثة في علم التسويق⁷⁴⁶ وطرق الإنتاج والتصنيع وتقديم الخدمات، كسائر ظواهر نتيجة لحاجة التجارة العالمية إلى زيادة حجم المؤسسات التجارية وغزو الأسواق بواسطة الترخيص الذي تمنحه مؤسسة تجارية بمؤسسة أو عدة مؤسسات أخرى لبيع منتجات، أو تقديم خدمات، أو خلق وحدات إنتاجية، وذلك باتباع شكل ونظام تجاري معين، عن طريق نقل المعرفة التقنية للمرخص والعلامة المميزة وباقي حقوق الملكية الصناعية إلى المرخص له، ناهيك عن تقديم المساعدات التقنية والتجارية له.

وقد ولد لترخيص التجاري على أيدي رجال الأعمال الأمريكيين، الذين ألغوا فيه أداة لتطوير مؤسساتهم التجارية، والتوسع في حجم وروع النشاط الذي تقوم به لاسيما في مجال توزيع السلع والخدمات، وقد أدى نمو المطرد كظاهرة تجارية ووسيلة عملية لممارسة النشاط التجاري إلى غزو الأسواق من خلال شبكات دولية للأعمال، وانتقل من الولايات المتحدة الأمريكية - مهد نشأته - إلى أوروبا، وكانت فرنسا في طليعة البلدان التي استقبلته⁷⁴⁷ ثم تلتها معظم الدول الأوروبية التي عجلت على إنشاء لتحولات منحصصة في هذا الإطار.

⁷⁴⁶ - فهو أدى فيه نظام تسويقي يقوم على أساس التعاون المستمر بين المقاولات موحدة ومعلومات أخرى مرخص لها، حيث يدخل المرخص له الحق في القيام بالمعاملات التجارية اعتماداً على أسلوب محدد من قبل وبحث تسويكات منشأة من طوره ايها.

⁷⁴⁷ - Jean - Marie le loup, Droit et Pratique de la franchise, Collection ce qu'il vous faut savoir 1 ère édition, Année 1981.

Voir :

- Jean - Paul Clément les nouvelles données juridiques de la franchise Gazette du Palais, N° 3 Année 1991 P 288

أما فيما يتعلق بالدول العربية ومنها المغرب، فعلى الرغم من انتشارها في رحلتها تحت أسماء وعلامات تجارية معروفة عالمياً وفي جميع الميادين⁷⁴⁸ إلا أن المشرع في جلها لم يتدخل لتأطيرها قانونياً بنص خاص تكريماً لما يشهده من تطبيق جد واسع على مستوى الممارسة.

فالمغرب، عرف تحول هذه النسبة الجديدة إلى الميدان التجاري في مرحلة متأخرة نسبياً، لكن ما سرع ما تم الإقبال عليه، إذ بعد فترة التسعينات، لوحظ تزايد سريع لعدد شبكات الترخيص التجاري سواء الأجنبية أو الوطنية، كما تم إنشاء العنصرية المغربية للترخيص التجاري من طرف محموعة من المهنيين والمهنيين، وذلك من أجل العمل على تطويره، إلا أن ما يلاحظ، كونه ما يزال متواصلاً بالمقارنة مع الدول الرائدة في هذا المجال، للعديد من الأسباب منها الحضور المكثف للشبكات الأجنبية نظراً شهرة العلامات الأجنبية وقدرتها على الانتشار وتحقيق النجاح، وقبال المستهلك عني بكثرة، أمام عروف المستثمر عن التحول في إنشاء شبكة محلية أو الانضمام إليها، أصف إلى ذلك أن غياب التنظيم القانوني له يريد من تعميق سيطرة المرخص ذو القوة الاقتصادية والتجربة الكبرى، على المرخص له الذي يبقى الطرف الضعيف فيها.

وإذا كان الترخيص التجاري يعد وسيلة للتعاون بين مقولة مرخصة من جهة ومقولة مرخص لها من جهة أخرى، حيث يقوم المرخص بمنح المرخص له: العنوان والاسم التجاريين، والشعارات والشعار والرموز، وعلامات التجارة والصنع والخدمة، بالإضافة إلى الخدمة والمهارة؛ ومجموع المنتجات أو الخدمات أو التكنولوجيا التي تكون أصلية وخصوصية مستغلة وفق تقنيات تجارية موحدة؛ وذلك

748- مثل ناف ناف وبيتون في مجال الملابس الجاهزة، وماكدونالدز وبتراست في مجال الوجبات السريعة، وهيلتون وشيراتون في مجال الفنادق وغير ذلك.

يهدف تطوير المعاولات المتعاقدة من خلال الأنشطة المشتركة المتقدمة
عن دمج العناصر البشرية والمالية مع احتفاظ الأطراف باستقلالهم
القانوني، في مقابل تعويض مالي المرحص⁷⁴⁹.

ولا كانت الوكالة التجارية نوع من أنواع الوساطة التجارية
بموجبها يبرم الوكيل التجاري العقود باسم ولحساب موكله مع الغير
لتصريف منتجاته وسلعه - وهي الطريقة المنتشرة خاصة في مجال
الاستيراد والتصدير - كما تستعمل بكثرة من قبل الشركات الأجنبية التي
تزعم في اكتشاف إمكانات السوق الأجنبية لتسويق منتجاتها أو
خدماتها فيها دون الحاجة إلى استثمارات مالية كبيرة⁷⁵⁰، فبها من هذا
المطلق تشابه مع الترخيص التجاري خاصة منه الدولي.

إلا أنها تختلف عنه من جوانب متعددة، منها أن الوكيل التجاري
يعمل من أجل ولحساب موكله، في حين أن المرحص له يعمل باسمه
ولصالحه الخاص، فهو يشتري من أجل إعادة البيع أو تقديم الخدمات مع
تحمله جميع المخاطر التي يمكن أن تنشأ أثناء ممارسة عمله، كما أن
أساس عقد الترخيص هو نقل المعرفة للعميل وحقوق الملكية الصناعية؛
الشيء الذي لا يوجد في عقد الوكالة التجارية رغم أن عمل وارتباط
الوكيل التجاري بالموكل يجعله يستعمل الاسم والعلامة التجارية
خاصة بهذا الأخير.

749 - انظر في هذا الصدد:

- Jean Guenot, La franchise commerciale, Gazette du Palais du 02 Juin 1994.
Recueil 1^{er} semestre 1994 Page 163 et SV
الصفحة 6 و 9 و 10 و 13 و 20.
- صحيفة التلوي، مرجع العقود التجارية، طبعة سنة 1992، من 209
750 - حيث تقوم بتجديد وكيل موزع لمنتجاتها من مواطني الدولة ذاتها التي
ترغب لتسويقها، أو تتعاقد مع شركة أخرى من هذه الدولة كوكيل عنها.



لذا، تبقى فكرة الوكالة أو الوساطة والعمل من أجل المصلحة الخاصة في جلب أكبر عدد من العقود لقائدة الميركل هو أساس عقد الوكالة التجارية، بينما يقوم الترخيص التجاري على أساس تنمية شبكة الترخيص ككل والحفاظ على سمعة العلامة، مع احتفاظ المرخص به باستقلاله المالي والقانوني في ممارسة نشاطه

وبلغت النظر، إلى أنه كثيرا ما يقع الخلط بين الترخيص والامتياز التجاري⁷⁵¹ الذي هو عقد يتعهد بمقتضاه تاجر بضمي الملتزم به بقصر نشاطه في قطاع حفر آلي معين لمدة محددة على تورييع بضائع معينة ينتجها تاجر آخر مانح الامتياز تحت اشراف هذا الأخير على أن يكون الملتزم وحده حق حكر إعداء بيع هذه السلع في القطاع الذي حدد له⁷⁵².

بيد أن أهم خاصية يتميز بها الأول عن هذا الأخير، تكمن في تقديم المعرفة الفنية واستعمال العلامة التجارية، حسبما اوضحت محكمة العدل التابعة للاتحاد الأوروبي، حيث أقرت في حكمها الصادر في 18 فبراير 1986 للفرقة بين عقود الترخيص في محل التورييع وعقود الامتياز، إذ قصت بأن:

"عقود الترخيص لا تسري عليها للقواعد التي تنظم عقود الامتياز، إذ أن هذه العقود لا تتضمن سوى التزاما بالبيع والشراء ولا تشمل العناصر الأخرى المميزة للترخيص التجاري مثل التنازل عن الفوائد والرسوم المميزة والتنازل عن المعرفة الفنية بالإضافة إلى التزام

751- نجد في نظرية القانون العام أيضا عقد يسمى عقد الامتياز، وهو ملوب ويطلب بوجبه شخص عام يدعى مانح الامتياز بشخص طبيعي أو معنوي يسمى صاحب الامتياز إقامة مرفق عام وإدارته تحت رقابة مانح الامتياز مقابل مكافأة ترتكز في غالب الأحيان على عائدات يستوفىها صاحب الامتياز من مستعملي المرفق العام، ويكون الهدف من وراء إبرامه إشراك الحواص في الاستثمار العمومية.

752- Claude Champaud la concession commerciale IN, revue trimestrielle de droit commercial, N° 24. Année 1963. P 451.

فمخصص له ببيع مبلغ في بداية التمتع كمقابل للمنفعة الممنوحة للمرخص، كما أن علاقة التبعية بين المرخص والمرخص به لا يجوز الترخيص لشخص واحد وكثير وصوحا من تبعية المنفعة للمالك لا المبرر غير

الفقرة الثانية: تكوين عقد الوكالة التجارية

يتضح جليا من قراءة للمقتضيات المنظمة لعقد الوكالة التجارية في إطار مدونة التجارة، أن المشرع لم يأت بأحكام تخص تكوينه ولا لحساب مقتضاه، الشيء الذي يمكن معه الرجوع إلى الفوائد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود تحت هذه التسمية وذلك في حدود ما يمكن أن ينطبق عليه.

وعلى العموم، فإن عقد الوكالة التجارية يشتمل على العناصر الأخرى بتوفر الأركان اللازمة لوجوده والشروط الضرورية لصحته أي أنه لا بد لوجوده من تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام، وهي: محقق يصلح أن يكون محل الالتزام، وسبب مشروع الالتزام، كما يجب لصحته صدوره من ذي أهلية وخلوه من عيوب الرضا.

أولا: الرضا في عقد الوكالة التجارية

الأصل أن الوكالة التجارية التي تنشأ بعقد يبرم ما بين الموكل والوكيل التجاري، أنها تعتبر من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها تراسي لمتعاقبين على عناصرها - كالمالية أو العمليات التي سينجزها الوكيل التجاري، والأجرة التي سيتقاضاها نظير ذلك وغيرها - ما لم يستلزم القانون شكلا معينا، بحيث لا يتم العقد عدلا إلا باحترامه.

لكن عليها، نجد أن المشرع يتطلب للكتابة لتنظيم مهنة الوكالة التجارية أو لتسهيل أتمتها -عند نشوء نزاع بشأنها- حماية لحقوق الأطراف فيها، بل إن نمادح غرفة التجارة الدولية تقتضي وجوب كتابتها⁷⁵⁴.

وعليه، فإن الوكيل التجاري -الذي قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا- يترتب عليه التزامات القاجر بصفة عامة، وفي مقعته تسجيل اسمه في السجل التجاري لأنه يمارس على وجه الاعتبار أو الاحتراف أعمال الوكالة التجارية، التي تكون مكتوبة بطبيعة الحال.

كذلك، فإنه بحكم الأهمية التي تكنسها الوكالة التجارية -إذ هي بالنسبة للوكيل التجاري النشاط الذي يحترفه مقابل أجرة أو عمولة، كما أنها بالنسبة للموكل، قناة سميعة لتصرف مستحقاته- فإن أطرافها يحرصون على كتابتها، ضمانا لحقوقهم.

غير أن للكتابة هذا لا تعتبر شرط وجود بحيث يترتب على نحلها بطلان العقد، وإنما مجرد شرط لإثباته⁷⁵⁵ ولا دل على ذلك أن المادة 397 من مدونة التجارة تنص صراحة على أنه: "يثبت عقد الوكالة التجارية وعند لاقتضاء تعديلاته بالكتابة".

والجدير بالذكر، أن القواعد التي وصفت لتطبق على العقود بشكل عام، هي نصها التي تحكم عقد الوكالة التجارية في الحدود التي لا تتطابق مع طبيعته.

وهكذا فإن وجود الرضى يتطلب صدور إيجاب أو عرض جدي ونهائي من الموكل يشتمل على كافة العناصر الأساسية للعقد، ون

754- مشار إليه لدى:

- عزيز المكي، مرجع سابق، ص 372.

755- كما جاء في إحدى الدراسات التي "تنظيم وصديق الوكالات لدى كتب العمل لا يعني أن الكتابة شرط لنعقد العقد وإنما لإثباته فقط".

- عزيز المكي، مرجع سابق، ص 372.

يفترن به للقبول وهو ما يزال قائما، سواء تم ذلك في محضر العقد أو عن طريق التعاقد بين غائبين.

أما صحته فتتوقف من ناحية على صدور من ذي أهلية، أو ينبغي أن يكون الموكل أهلا لأن يباشر بنفسه العملية التي سيحرمها الوكيل التجاري باسمه ولحسابه، لاسيما وأن آثار التعاقد مع الغير ستصرف إلى نعمته⁷⁵⁶.

أما الوكيل التجاري، فإن اكتسابه صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية لأعمال الوكالة يعني بالضرورة توافره على الأهلية للتجارة. ثم إن الرضى من ناحية أخرى، ينبغي أن يكون صحيحا حالي من العيوب.

ثانيا: المحل والسبب في عقد الوكالة التجارية

إن المحل بوصفه عموما الغرض الذي تسعى الأطراف إلى تحقيقه من وراء إبرام العقد، يتمثل في عقد الوكالة التجارية في التزام الوكيل التجاري بالتفاوض أو بالتعاقد بكيفية معتادة بشأن عمليات تهم لشربة أو ببيوعات أو غيرها من العمليات التجارية، ويشترط فيه ما يتطلب في غيره من العقود وإلا بطل العقد.

ونفس الشيء يقال بالنسبة للسبب الذي تبني فيه المشرع النظرية التقديرية التي تنظر إلى السبب نظرة موضوعية حيث يراد به وفقا لها العرض المباشر الذي يقصده الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه كما تثار بالنظرية الحديثة التي يعتبر السبب فيها هو الباعث الرئيسي الذي دفع المتعاقد إلى إبرام العقد، وتطلب في جميع الأحوال أن يكون السبب موجودا حقيقيا ومشرعا.

⁷⁵⁶ - صلا بمنتقى الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود.

الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد الوكالة التجارية

بدأ نشأ عقد الوكالة التجارية صحيحاً، فإنه ينتج آثاره التي تسري فيما بين المتعاقدين وفي مواجهة الغير، والتي تحكمها قوانين وأعراف وعادات التجارة أو القانون المدني ما لم يعارض قواعد مع المبادئ الأساسية للقانون التجاري، كما أن تنقيده يجب أن يتم حسب طبيعته ووفقاً لمبدأ حسن النية، وهو لا يقتصر على ما وقع التصريح به في العقد، بل يشمل كل ما يعتبر من ملحقاته التي يقررها القانون أو العرف أو يقتضيها مبدأ الإنصاف⁷⁵⁷.

أولاً: آثار عقد الوكالة التجارية فيما بين المتعاقدين

بطوراً لكونه من العقود التبادلية، فإن عقد الوكالة التجارية يشترط التزامات متقابلة في نعمة طرفيه، الوكيل التجاري والموكل وبما أن للالتزامات أحدهم تعد حقوقاً للآخر فإنه ارتأينا أن نتطرق ضمن هذا الجانب من الدراسة لكل من التزامات الوكيل التجاري والموكل

1- التزامات الوكيل التجاري

يلعب الوكلاء التجاريون دوراً مهماً على مستوى التجارة الداخلية والخارجية، كوسطاء بين المنتجين والمستهلكين، وكقنوات متخصصة في إطار حرفتها في تصريف السلع والمنتجات وتسيير الخدمات، الشيء الذي يسر كرس أعمال الوكالة التجارية لا تقتصر من حيث آثارها على أطرافها، وإنما تمتد لتنعكس على مصلحة الاتصال للبلد.

وربما اعتبار لهذه الأهمية، نجد المشرع يطلب شروطاً معينة هي الوكيل التجاري بوصفه تاجراً محترفاً مثله في ذلك شأن باقي

⁷⁵⁷ - انظر في هذا المعنى المادة 2 من مدونة التجارة، والفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود.

لتجار - وكذا في عقد الوكالة التجارية ذاته، من ذلك ⁷⁵⁷ أن السجل التجاري ⁷⁵⁸ ودخل أهل معين ⁷⁵⁹.

والمشرع المغربي إذن يستلزم تسجيل الوكالة التجارية في السجل التجاري باعتبارها نشاطاً من الأنشطة التجارية التي تكسب الشخص الذي يحترف ممارستها صفة تاجر، وبهذه الصفة يتعين عليه أن يقد اسمه في السجل التجاري ⁷⁶⁰.

وعلى العموم، فإن الوكيل التجاري يخضع للالتزامات التجارية ماضية عن الالتزامات المتخصصة عن عقد الوكالة التجارية، والتي منطوق إليها باختصار فيما يلي:

758- أنظر المادة 37 من مونة التجارة.

759- في هذا الصدد تنص الفقرة من 1 إلى 3 من المادة 75 من نفس المذونة المذكورة. علاوة على ذلك.

760- يجب أن يطلب تسجيل الأشخاص الطبيعيين خلال الثلاثة أشهر الموالية لفتح المؤسسة التجارية أو لاقضاء الأصل التجاري.

دليل ثلاثة أشهر الموالية للإحداث أو للتأسيس.

761- يجب تقديم طلب تسجيل الفروع أو الوكالات المغربية أو الأجنبية وكذا الممثلات التجارية في الوكالات التجارية للدول أو لجماعات أو المؤسسات العامة الأجنبية.

762- نفس المادة 61 من مونة التجارة على أنه.

لا يجوز للشخص المزمع بالتسجيل في السجل التجاري أن يحتجوا بحجائه في السجل التجاري.

763- بطرق التصرف... إلا إذا تم تصديقها بالسجل المذكور. غير أنه يجوز للموكل أن يتسلل من جانبه في مواميلهم بطرق التصرف والتصرفات التي لم تقع تصديقها.

لا يطبق الفقرة السابقة إذا ثبت المعلوم بالتصديق في الأغوار المحيطة كقوا وقت انعقاد على علم بطرق التصرف والتصرفات الآتية للذكر.

١- تنفيذ الوكالة التجارية وفق النطاق المحدد لها

عني عن البيان، أن مفاد الوكالة التجارية هو تنفيذ الوكيل التجاري لمحلها وحصوله على أجره أو عمولة لقاء ذلك، ومن جهة الموكل تمكينه من إبرام الصفقة بواسطة.

وبمعنى آخر، فإن الغاية الأساسية المتوخاة من وراء هذا العقد هي تحقيق المصلحة المشتركة لأطرافه، تلك المصلحة التي تحكمها مبادئ تجارية.

وعليه فإنه من الطبيعي - ودون أن يحتاج الأمر إلى التنصيص على ذلك صراحة - أن تكون نقطة الارتكاز في التزامات الوكيل التجاري هي تنفيذ الأعمال للوكالة التجارية التي قد تقتصر على التفويض أو يتسع نطاقها لتشمل التعاقد بكيفية معقدة بشأن عمية أو عمليات تجارية.

وعلى الرغم من أن الوكيل للتجاري، من موقعه كتاجر بحترف هذه المهنة ويتمتع بالاستقلال في مباشرته لها، إلا أنه يتعين عليه مع ذلك ألا يتجاوز المصوب الجوهري والإطار الشكلي لعقود الوكالة التجارية الذي يكون طرفاً فيها، وأن يتقيد بتعليمات الموكل وينفذها كرجل حرفة كعب⁷⁶¹ بما يحقق النفع لهذا الأخير، سواء كانت تكتسي طابعاً امراً بحيث لا يجوز له مخالفتها، أو طابعاً إرشادياً يقسّى معه مخالفتها فيما لو اقتضت الظروف ذلك⁷⁶².

والحديث بالملاحظة، أن التزام الوكيل التجاري بالنقيد بالحدود المرسومة لوكالته، ليس على إطلاقه، إذ يمكنه الخروج عليها والتعاقد على خلاف تعليمات الموكل وذلك بشروط أفضل معتمداً على الخبرة

761- على حد تعبير المشرع في ختام الفقرة 3 من المادة 395 من مدونة التجارة.

762- أنظر في هذا الصدد:

- عزيز المعيني، مرجع سبق، ص 375.

الوسيط في العقود الخاصة، العقود الدفعية والتجارية، والبضعية

والمهارة المطلوبة في المحال التجاري⁷⁶³ أو الامتياز عنها فيما لو سئل
له ان تنفيذها مسلح للضرر بهذا الأخير⁷⁶⁴.

وبذا كان التأكيد بالنطاق المحدد للوكالة التجارية يفرض ايضا على
الوكيل التجاري شخصيا بالمهمة الموكلة به من قبل الموكل، وفي
الفسلح يطرح حول مدى جوار قيام للوكيل التجاري بقيادة شخص آخر
عنه⁷⁶⁵ خصوصا وان المشرع نص صراحة في الفقرة الثانية من المادة
393 من مدونة التجارة على انه.

763- لا يتطرق المشرع الى حد المقضي في إطار مدونة التجارة، لكن يمكن
القرب طوله بالرجوع الى قانون الالتزامات والعقود، إذ بعد ان نص في الفصل
895 على ما يلي

"على الوكيل ان ينفذ بالوسط المهمة التي كلف بها فلا يسوغ ان يجري أي عمل
يجريه او يخرج عن حدود الوكالة".

المادة 896 في الفصل

3. الجز الوكيل التسمية التي كلف بها بشروط الفصل مما هو مذكور في الوكالة
في الفرق يكون لائحة الموكل".

وبالتسوية في الرأي لدى عقوبة رجال الفقه القانوني مستقر على ان الوكيل اذا
سلب تعليمات الموكل في الأموال، في هذا الأخير الحق في رفض التصرف، ما لم
يكن مسؤولا في موجهته عن الضرر الذي لحق به. وما تم إنجاز العمل به، والا
لحق في هذا الشأن

- عزير المكي، مرجع سابق، ص 375

- لكتن أمس لحرابي، مرجع سابق، ص 194

764- بالنسبة لهذا العدة ايضا، لم نجد أساسا سوى الاستئناس بما لورده للمشرع

في الفقرة 2 من الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود التي تنهت بانه؛
كما لو كانت للوكيل أسباب خطيرة تكلفه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها او إلى
مخالفة ما جرد عنه العرب، وجب عليه ان يشار بإسفل الموكل بها في أقرب

فرصة وعليه ان يخطر تعليمته، ما لم يكن في الانتظار خطر⁷⁶⁵
في هذا الإحتلال لا يثار بشأن الوكالة الممنولة لأن موافق المشرع جاء ونصحا
في الفصل 900 من قانون الالتزامات والعقود لا نص في الفقرة منه على انه.

"يحق الوكيل التجاري أن يمثل عدة موكلين دون أن يلزم بموافقة أي منهم" ولم يملك نفس النهج بالنسبة لحالة الوكيل التجاري النائب. ويمكن له يمكن استنتاج هذه الرخصة صعباً من محتوى المادة 399 التي جاء فيها أن "الوكيل التجاري يستحق عمولة سواء عد إبرام العملية بفصل تحله أو بسبعة أحد من الأخير".

ب- تنفيذ الوكالة التجارية بمراعاة مصالح الموكل

إلى جانب الوكيل التجاري بتنفيذ الوكالة التجارية وفق الحدود المرسومة لها - كما تقدم بيانه - فإنه يتعين عليه أيضاً أن يبدل كل عنيته في تنفيذها بما يحتم مصالح الموكل عملاً بمقتضى حسن النية ولعل من أبرز موجبات مراعاة مصالح الموكل التزام الوكيل التجاري بعدم منافسة هذا الأخير⁷⁶⁶ سواء لحساب نفسه أو لحساب موكلين آخرين تقادياً لتعارض المصالح.

وتحقيقاً لهذا الهدف، كرس المشرع مبدأ عدم جواز تمثيل الوكيل التجاري لمقاولات منافسة، في الفقرة الثانية⁷⁶⁷ من المادة 393 من مدونة التجارة بقوله:

"لا يجوز للوكيل أن يوكل تحت يده شخصاً آخر في تنفيذ الوكالة ما لم يمنح الصلاحية في ذلك صراحة، أو ما لم تستخلص هذه الصلاحية من طبيعة القضية أو من ظروف الحال".

والجاء في مطلع الفصل 901 بأن:

"الوكيل المسؤول عن موكل تحت يده...".

766- ريادة في العادة، يشير إلى أنه يمكن التمييز بين المنافسة التي لا تحكمها صوابط أو قواعد وتسمى بالمنافسة العنيفة، والمنافسة المنظمة التي تستجيب لمعيار وليس لآلية تمنع الجوء إلى بعض الممارسات التي من شأنها أن تفلت بزاهة وشغافة من دلتل الأسواق، وهنا يلعب مجلس المنافسة دوراً مهماً كحكم يصنع شروط المنافسة النزيهة.

- عبد العالي بنعمور، دور مجلس المنافسة في تخليق العلاقات الاقتصادية. مسلة لدوات محكمة الاستئناف بالرباط، العدد الرابع سنة 2012، ص 48.

"يمكن للوكيل التجاري أن يمثل عدة موكلين .. غير أنه لا يجوز له أن يمثل عدة مقارلات متنافسة".

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن المشرع ويرى قرار من ناحية حق الوكيل التجاري في تمثيل عدة موكلين دون موافقة الموكل فكيف يمكن له أن يستغل الوكيل التجاري في ممارسة نشاطه، لا أنه من ناحية أخرى مع استعمال هذا الحق عندما يتعلق الأمر بموكلين متنافسين فلا تتصور مصالح الموكل، ونرى أنه بهذه الطريقة يكون قد وفق باعتدال بين حرية الشخص في الاتجار وحماية مصالح الغير.

وحسب ما تقدم الوكيل التجاري على الإضرار بمصالح الموكل في المشرع لمعربي لم يقصر المنع من المنافسة على مرحلة صريحة الوكيلة، وإنما منعه إلى ما بعد انتهاء العقد بشروط وضعها في المادة 403 من نفس المدونة حيث جاء فيها ما يلي:

"يمكن أن يعرض العقد على الوكيل التجاري الالتزام بعدم المنافسة بعد انتهائه.

يجب أن يتعلق هذا الشرط بمنطقة جغرافية أو مجموعة من الأشخاص المصليين وكذا نوع الأموال أو الخدمات التي يقوم بتتمثيلها تبعا للعقد. لا يصح هذا الشرط سوى لمدة القصاها مستثنى من تاريخ إنهاء العقد رغم وجود أي شرط مخالف".

وهكذا، فإنه إذا تم الاتفاق على هذا المنع -الذي يعتبر قيودا على حرية الاتجار- فإنه يصبح ملزما لطرفيه، وبالتالي فإن مخالفته من قبل

767- لما في الفقرة 3 والأخيرة منها، فليس على أنه.
"لا يمكن للموكل أن يقدم لوكيل تجاري بصالح حماية مطلقة للربائش المعمود
بأنه فيه ضد المنافسة السلبية للوكيل وكذلك للتجارين".

لوكيل التجري نجعله مخلا بالعقد، ويسأل تبعا لذلك عن الضرر الذي يصيب الموكل من هذا الإخلال⁷⁶⁸.

وعندما يكلف الوكيل التجاري بمنطقة جغرافية معينة أو مجموعة معينة من الأشخاص، فإنه يلزمه احترام هذا الشرط الذي يصطحب فيه في أحيات لفقه القسوي "شرط العصر" -الذي لا يفرض بل لابد من الاتفاق عليه أو وجود نص قانوني يقرره- ويراد به من جانب الوكيل التجاري قصر نشاطه على تمثيل الموكل ليضمن بذلك عدم منافسته له.

ويمكن استنباط هذا الشرع في نظريا من محتوى الفقرة الثانية من المادة 399 عن مدونة التجارة التي استعملها المشرع بعبارة:

"عندما يكلف الوكيل التجاري بمنطقة جغرافية أو مجموعة معينة من الأشخاص".

وبالإضافة إلى ما تم ذكره، نعتقد أنه يمكن أن يدرج ضمن الفقرة الثانية من المادة 399 من مدونة التجارة التي تقضي بأنه:

"يلزم الأطراف بصيغة متباعدة برعاية قواعد الصدق والإعلام" الجديد من الالتزامات التي تصب في هذا المحى، أي التزام الوكيل التجري بمراعاة مصالح الموكل⁷⁶⁹ وذلك بالنظر إلى انصاع النطاق الموصوعي لقواعد الصدق والإعلام التي تجد أمثلة لها في فصول من فصول الالتزامات والعقود، أكثر من المواد التي لفردتها المشرع لوكالة تجارية في إطار مدونة التجارة، من ذلك التزام الوكيل بإعلام الموكل بظروف العملية وتزويده بجميع المعلومات اللازمة وتبصيره بكل ما من

768- في نفس السياق، يرى على صوة لفرع العلماء، أنه لا يجوز للوكيل أن يتفاد مع نفسه تفاديا لتعارض المصالح، علما أن المشرع لم يصح نصا عاما يضطر هذا المبدأ ولأن الكفى بغيره تطبيقات له في عدد من فصول قانون الالتزامات والعقود- كالفصل 48 بالنسبة للمدونة والمحرر، والفصل 731 بالنسبة للمحامين والوكلاء وغيرهم ممن يقوم بدور الوكيل- وفي المادة 428 من مدونة التجارة بالنسبة للوكيل بالعمومية.

769- والعكس صحيح أيضا لأن النص يشمل الأطراف في عقد الوكالة التجارية

شأنه أن يؤثر على لفترة التمويقة منتجاته أو خدماته⁷⁷⁰ وتقديم حساب تفصيلي عن أداء مهمته من أجل تمكينه من معرفة وضعيته المالية⁷⁷¹ وإبلاغك عن التزامه بالمحافظة على أموال الموكل التي وصلت إلى يده وصقل سلامتها⁷⁷² وكذا برحاع كل ما تعلمه نتيجة الوكالة لم يحاسبها⁷⁷³.

2- التزامات الموكل في عقد الوكالة التجارية

تقرر بمرجبه عند الوكالة التجارية عدة للزامات لسمية يتحملها الموكل، من ذلك تمكين الوكيل التجاري من تنفيذ الوكالة، وأداء أجرته أو عمولته، وتسديد المصاريف التي أنفقها في سبيل تنفيذ الوكالة وتعويضه عن الأضرار التي قد تلحق به من جراء هذا التنفيذ، وغير ذلك مما يفرضه العقد أو تجري عليه أعراف وعادات التجارة في محل الوكالة التجارية.

ومن جانبنا، لنتبعنا أن نتناول للزامات الموكل على النحو التالي.

أ- تمكين الوكيل التجاري من سبل إنجاز مهمته

حتى يتمكن الوكيل التجاري من تنفيذ الوكالة التجارية وفقا لخصيتها وحسب القلوب، وأن يحق العينة للمشاركة من وراء إبرام العقد⁷⁷⁴ معه ينبغي على الموكل أن يضع رهن إشارته كل الوسائل اللازمة لتنفيذ عمله بمقتضى الفقرة الأخيرة من المادة 395 من مدونة التجارة، التي نصت على صراحة على هذا للزام، ذاهبا إلى أنه:

770- أنظر في ذلك الفصل 906 والفقرة 1 من الفصل 907 من قانون الالتزامات والعقود.

771- أنكر هذا الالتزام الفصل 908 من نفس القانون.

772- أنظر في هذا الصدد الفصل 905 من نفس القانون.

773- حسبنا بهذا الفصل 908 من نفس القانون.

774- كما تنفذ بذلك الفقرة 1 من المادة 395 من مدونة للتجارة.

يجب على الموكل أن يمكن الوكيل التجاري من سبل إيجار مهمته التي يجب عليه القيام بها كرجل حرفه كفاء" وذلك من حيث تزويده بالمعلومات الضرورية، ومساعدته في مجال الاعية والإتجار للمنتوج⁷⁷⁵ وتسهيل مأموريته فيما تفوض له أو تعاقد بشأنه مع الغير وفقاً لما حدده له في إقرار عقد الوكالة التجارية⁷⁷⁶.

ب أداء الأجرة وتسييد المستحقات الأخرى

تعتبر الأجرة والمصاريف التي تكبد الوكيل التجاري انعاقها في سبيل تنفيذ الوكالة التجارية والتعويض عن الضرر الذي لحقه من جرئها، حقوقاً للوكيل التجاري يلتزم الموكل بدفعها له.

فبالنسبة للأجرة، رأينا فيما تقدم أن عقد الوكالة التجارية من عقود المعاوضة، محله القيام بعملية أو عمليات تجارية - هي من صميم حضائه للمهنة- يستحق عنها الوكيل التجاري أجرة يلتزم الموكل بدفعها له⁷⁷⁷ وتكون إما عبارة عن مبلغ معين من المال، أو نسبة مئوية من

775- هتت بمس التشريعات بهذا الالتزام سألدي يعتبر من مكملات العقد منها القانون التجاري المصري الذي ورد في المادة 185 منه أنه:

"على الموكل أن يقدم للوكيل جميع المعلومات اللازمة لتنفيذ الوكالة وإن يزوده - وجه خاص - بالبيع والسلاج والرسوم والعلامات وغير ذلك من البيانات التي تحيه على ترويج المنتج موضوع الوكالة وتسييدها"

776- في هذا المعنى ينص البند 2 ولأخير من الفصل 914 من قانون الإنترنات والعقود بالنسبة للوكالة المهنية- على أنه:

"على الموكل:

أولاً....

ثانياً: تحليص الوكيل من الالتزامات التي اضطر إلى التعاقد عنها نتيجة تنجذه لمهمته أو بمسبقتها وهو لا يسأل عن الالتزامات التي يتصل بها الوكيل ولا عن الخسائر التي تلحقه نتيجة فعله أو خطئه لو من أجل سبب أخرى بعيدة عن الوكالة".

777- عملاً بالقاعدة العامة المكرسة في الفصل 888 من قانون الإنترنات والعقود فإن الوكالة بلا أجر، غير أن محاقبتها لا تفرض، إذا كلف الوكيل بإجراء عمل

قيمة الصفقة التي يبرمها، على أساس أن يتم تنفيذها،⁷⁷⁸ يتعلق بهما أي الموكل والوكيل التجاري - أو وفقاً للعرف السائد في المهنة⁷⁷⁹ وفي حالة غياب بند في العقد يقول هذا التنفيذ، أو عرف مستقر في المهنة ينعكس ذلك، فإن مبلغ العمولة يخضع عند التقدير للمحكمة التي تراعى مجمل عناصر العملية من وقت وجهه ذلك من أجل تنفيذها، رعي ذلك⁷⁸⁰.

وللإشارة، فإن للوكيل التجاري يستحق عمولة عن كل عملية يتم إبرامها بفضله تدخله شخصياً أو بمساعدة من أحد من المبر⁷⁸¹ بل إنه يستحقها حتى ولو أنجزها بعد انتهاء عقد الوكالة التجارية، في حالة ما إذا كانت العملية منوطة عن النشاط الذي بذله خلال تنفيذ العقد ومرت داخل أجل سنة من تاريخ وقوعه، أو كان الموكل أو الوكيل التجاري قد تسلم العرس الذي تقدم به الزبون قبل هذا الوقت⁷⁸¹.

أما عن الوقت الذي يستحق فيه الوكيل التجاري العمولة، فإن المشرع المغربي، في نظرياً، حده بكل وضوح رفعا للخلاف، في الفقرة الأولى من المادة 401 من مدونة التجارة، جاعلا للعبارة فيه - كقاعدة - ليست يبرلم العقد من قبل الوكيل التجاري مع الغير، وإنما بتنظيمه، حيث قال:

"يستحق العمولة بمجرد تنفيذ العملية من طرف الموكل، أو من التاريخ المقترص بتنفيذها طبقاً للاتفاق للحصول مع الزبون، أو أيضاً بمجرد قيام الزبون من جهته بتنفيذ العملية".

دعنا في حوزة أو مهنته، بين التجار، فما يتفق بالمعاملات التجارية، وكذا إذا لم ينعى لغيره، أعطى أجر عن القيام بالأعمال التي هي محل الوكالة⁷⁷⁸.
⁷⁷⁹ - حسبما يظهر من محتوى الفقرة 1 من المادة 398 من مدونة التجارة.
⁷⁸⁰ - الشيء الذي يستتبع من الفقرة 2 والأخرى من المادة 398 للمشرع إليها أعلاه.
⁷⁸¹ - طبقاً لما تقدم به المادة 399 من مدونة التجارة.
⁷⁸¹ - كما تنص على ذلك المادة 400 من مدونة التجارة.

وحتى لا يتأخر الموكل في الدفع، فإن المشرع نص أيضا في
مادة 782 من نفس المادة أعلاه، على أنه
تؤدى الصورة على الأكثر في اليوم الأخير من الشهر الموالي للشهر
بذلت ثمن استحقاقها.

والتزاما من المفوضيات المنظمة لعقد الوكالة التجارية المقررة
في مدونة التجارة، يمكن القول، إن الوكيل التجاري قد يفقد حقه في
العمولة في بعض الحالات، منها أن يكون لوكيل التجاري السابق 782 قد
استحقبه، ما لم تستدع الظروف توريثها بينهما نزولا عند مبد،
ارتصاص 783 لو ثبت أن العقد المبرم بين الزبون والموكل موب أن يتم
تعيه إلا بتكحل هذا الأخير فيه 784 كما يمكن أن يفقدها أيضا متى
ارتكب خطأ جسيما كان هو السبب في إنهاء العقد و صحته من قبل
الموكل 785 لو حالت قوة قاهرة دون تنفيذ العملية التي كلف بها 786 لأنها
تحتل لتتخذ مستجيلا استحالة مطلقة، وبالتالي ينقضي التزام الوكيل
تجاري، كما ينقضي الالتزام المقيد له بداء الأجرة ويصح العقد من
بقاء نفسه 787.

وعلاوة على الأجرة، يستحق الوكيل التجاري أيضا تعويضا عن
الضرر الذي لحق به بمناسبة الوكالة التجارية، نص المشرع على
استحقاقه وعدم استحقاقه في المادة 402 من مدونة التجارة، التي يتصح

782- أنظر في ذلك الفقرة 1 من المادة 400 من مدونة التجارة

783- نبعاما ذكر في الفقرة 2 والأخيرة من نفس المادة موباً ليه أعلاه.

784- انشيه الذي جاءت به الفقرة 3 من المادة 401 منها

785- أنظر الفقرة 6 من المادة 396 منها.

وحسب القواعد العامة- خاصة الفقرة الأخيرة من الفصل 269 من القانون
الالتزامات والعقود- فإن الخطأ السابق للمدين لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة
والوكيل التجاري كما هو معلوم داس بالأجرة لكنه مدين بتنفيذ العملية الممطرة به
على أحسن وجه لكي يستحقها.

786- أنظر الفقرة 7 والأخيرة من المادة 396.

787- وهو ما يستتف من الفصل 338 من قانون الالتزامات والعقود.

من خلال فرائضها، أن الوكيل التجاري يستحق لتعويض الذي خصه به المشرع، في حالة ما إذا أقدم الموكل على إنهاء العقد، شريطة أن يوجه إنعرا إلى هذا الأخير يحيطه فيه علما ببينه في المطالبة بحقه هذا، داخل أجل سنة من تاريخ إنهاء العقد، كما يستفيد نور حقوقه منه فيما لم توقف العقد بسبب وفاته.

غير أنه لا يستحق أي تعويض، إذا تم إنهاء العقد بسبب خطئه الجسيم، أو كان هذا التوقف ناجما عن فعله ما لم يكن مبررا بطرود تنسب إلى الموكل، أو ناتج عن استعالة وجد فيها بكيفية معقولة، حالت نور متابعه نشاطه بسبب سبه أو عامة لو مرض، أو إذا عمل على تعريض حقوقه والتزاماته العقدية إلى الغير ولو بالاتفاق مع للموكل

كذلك، فإن الوكالة التجارية تستلزم نفقات، منها ما تقتضيه ممارسة الوكيل التجاري لأعمال وكالته باعتباره تجرا يحترف هذه المهنة - كجرة للمحل الذي يباشر فيه نشاطه، والصرائب المترتبة عليه ومصاريف الدعاية، وبحر ذلك - حيث من الطبيعي أن يتحملها وأخرى ترتبط أساسا بتتبع عقد الوكالة التجارية، وهذه يلزم الموكل بردها وفقا لما تم الاتفاق عليه في هذا الأخير أو تبعا لما تقتضيه أعراف المهنة لاسيما وأن المشرع المغربي لم يصع أحكاما ذات الصلة بالنفقات في عقد الوكالة التجارية⁷⁸⁸ في إطار مدونة لتجارة⁷⁸⁹ ولا بالصيغيات التي

⁷⁸⁸ نعلم الفرصة هنا لنشير، إلى أن المادة 9 من دليل غرفة التجارة الدولية للوكالة التجارية تنص على أنه:

"إذا كان للوكيل علاوة خاصة لتغطية مصاريف سفره ومكالماته التليفونية وبرقياته أو أية مصاريف أخرى، ألفت في ما له اتصال بقضايا الوكالة، فإنه يجب أن يذكر ذلك بوضوح في العقد، وإذا كان من المرغوب أن يتحمل أحد الطرفين جميع المصاريف من الضروري أن يصر على ذلك بوضوح، إذ من عبدة "يشترك في"

⁷⁸⁹ أما في قانون الائتمانات والعقود، وبالصيغة التي تقسم المتعلقة بالوكالة - المدنية منهما - فوجد المشرع بعد أن نص في الفصل 913 على أنه.

من شأنها أن تكفل له الحصول على حقوقه على غرار ما فعل بالنسبة لعقد الوكالة بالعمولة، الذي لا يمكننا شحصيا لمجازلة بالقيس عليه اعتبارا لخصوصية كل عقد على حدة على الرغم من القواسم المشتركة بينهما.

ثانيا : آثار عقد الوكالة التجارية بالنسبة للغير

في عقد الوكالة التجارية يتعاقد الوكيل التجاري مع الغير استنادا إلى سلطة النيابة المفوضة له من الوكيل، لأنه "لا يحق لأحد أن يلزم غيره ولا أن يشترط لصالحه، إلا بإذ. كاتب له سلطة النيابة عنه بمقتضى وكالة أو بمقتضى القانون"⁷⁹⁰.

فالوكيل التجاري يتفاوض ويتعاقد باسم ولحساب هذا الأخير وبالتالي فإن إرادته تحل محل إرادة الأصل مع نص صريح الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصل، والمصدر الذي يستمد منه بيجته هو عقد الوكالة التجارية.

1 آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الموكل بالغير

نتولد عن تعاقد الوكيل التجاري مع الغير باسم وحساب الموكل علاقة مباشرة بين هذا الأخير والغير، إذ يفتني شخص الوكيل التجاري تاركا لهما المجال معا، حيث تترتب لهما وعليهما الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد.

"على الموكل أن يمد الوكيل بالعقد وغيره مما يلزم لتعبد الوكالة، ما لم يقص العرف أو الاتفاق بخلافه" أصاب قائلا في اليد الأولى من الفصل الموالي:

"على الموكل أن يدفع للوكيل ما اضطر إلى تسبيقه من ماله وإلى إنفاقه من المصروفات من أجل تنفيذ الوكالة، في حدود ما كلف لازما لهذا الغرض، وأن يدفع له أجره عندما يكون مستحقا، إما كانت نتيجة المعاملة، ما لم يكن ماله قبل لو خطأ يعرى إليه..."

790- كما يورد ذلك الفصل 33 من قانون الالتزامات والعقود

غير له يشترط لسريان مفعول هذه الآثار، أن يتعاقد الوكيل التجاري بناء على وكالة للتصرف نيابة عن الموكل وفي الحدود المرسومة لها، أما إذا لم تكن لديه هذه الوكالة نظراً لعدم توكيله أصلاً من قبل الموكل، أو لأن وكالته انتهت، أو لكونه تجاوز نطاق الوكالة التي أعطيت له، فإن لقاعده تفصي بعدم انصراف آثار ما يجريه الوكيل التجاري من تصرفات في هذه الحالات، إلى نعمة الموكل ما لم يجرها هذا الأخير.

2- آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الوكيل التجاري بالغير

في إطار عقد الوكالة التجارية، تتأثر الذمة المالية للموكل بالعقد الذي يبرمه الوكيل التجاري مع الغير باسمه ولحسابه، بحيث يكتسب مباشرة الحقوق ويتحمل الالتزامات الناشئة عنه ولا يكون الوكيل التجاري من حيث المبدأ مسؤولاً عن تنفيذه، ومع ذلك، نرى أنه بالنظر إلى نطاق الوعاء الذي تتحرك فيه للوكالة التجارية، فإن الوكيل التجاري لا يظل دائماً وفي كل الأحوال بمسأى عن أي علاقة مع الغير، بل إن الأحكام العامة للنيابة في التعاقد تستبعد وتتقرر مسؤوليته مباشرة في مواجهة الغير عن أثر التصرف الذي قام به، وذلك مثلاً في حالة ما إذا ضمن له تنفيذ العقد المبرم معه عندما يكون التنفيذ داخلًا في وكالته⁷⁹¹ أو في حالة ما إذا تجاوز حدود وكالته، حيث لا يمرري أثر التعاقد بالنسبة للموكل متى كن الغير حص النية إذ لا يعلم بهذا التجاوز، بل يسأل عنه الوكيل التجاري شخصياً ويثبت للغير الحق في مطالبته

⁷⁹¹ وهو ما نص عليه كذلك المشرع بالنسبة للوكالة المدنية في الفصل 923 من قانون الالتزامات والعقود قتلًا.

تمت للغير على الوكيل دعوى من أجل إلزامه بقبول تنفيذ العقد إذا كل هذا التنفيذ يدخل صيرورة في ركفته.

بالتعريض عن الضرر الذي لحقه به جراء عدم تصرف أثر التعاقد
في نمة الموكل⁷⁹².

الفقرة الرابعة: انقضاء عقد الوكالة التجارية

لئن كان محور هذه الفقرة يبدو غالبا في سياقها النظري، إلا أنه على المستوى العملي نرى أنه عند الحديث عن انقضاء أي عقد من العقود، لا سيما التجارية، منها باعتبار أنها تؤلف موضوع هذه الدراسة المركزي، ولكرتها تنصب إلى بيئة تطبعها خصوصيات معينة وهي البيئة التجارية، أن سنحصر على الأقل في أذهاننا الآثار بل التداعيات الواسعة التي يخلها انفصالها بالنسبة للأشخاص الأطراف فيها سواء كانوا طبيعيين أو محوّلين - الذين يمارسون على وجه الاعتدال أو الاحتراف بها لا تحفى أهميتها البالغة على أحد - وكذا بالنسبة للتنمية الاقتصادية والاجتماعية.

وعموما، فإن الوكالة التجارية بمفهومها كعقد، تقص هي الأخرى معارا منذ إنشائها وسريانها إلى غاية انقضاءها بسبب من أسباب الانقضاء شأنها في ذلك شأن غير من العقود

وبخصوص هذه المرحلة الأخيرة⁷⁹³ نرى أن المشرع لئن كان مثلا قد حدد أسباب انقضاء الوكالة المدنية، في الفصل 929 من قانون الالتزامات والعقود في: تنعبد العملية التي أعطيت من أجلها، وتحقق الشرط الفاسخ الذي علق عليه، وفوات الأجل الذي منحت لمعايه

792- والجدير بالذكر، أن بعض التشريعات العربية تستلزم من ذلك، حلة خروج الوكيل عن حدود وكالته حتى كإن يستحيل عليه إحطار الموكل سلفا وكانت الظروف يوجب معها الطل بئ الموكل كإن يوافق على هذا لتصرف، أو كانت وكالته أكثر نعم للموكل، أو إن أقر هذا الأخير هذا التجاوز عملا بالمفاعة التي تفصي بأن الإجراء اللاحقة كلوكالة للمفاعة.

-- عزيز المكيلى، مرجع سابق، ص 388 وص 389.

793- التي تفصي كنتيجة إلى انقضاء الحقوق والالتزامات التي يربطها العقد لطرفيه.

وعزل الوكيل ونسأله عن الوكالة، وموت أي منهما أو حدوث تغيير في حالته من شأنه أن يفقد أهلية مباشرة حقوقه، واستحالة تنفيذ الوكيل لسبب خارج عن إرادة المتعاقدين، إلى جانب إيراد الأحكام الخاصة بكل سبب - تقريباً - من هذه الأسباب تبعاً في الفصول من 930 إلى 942 منه، فإنه لم يعتمد نفس النهج أو ما يعنله بخصوص الوكالة التجارية، بل إنه تطرق إلى أسباب انقضائها بكيفية مختزلة ضمن أربعة مواد - هي المواد 395 و 396 و 401 ثم 402 من مدونة التجارة - جاء التقصيص على البعض منها صراحة، وعلى البعض الآخر ضمناً بحيث يحتاج الأمر في نظري إلى استعمال الاستنتاج المنطقي

وعلى كل حال، فبما أننا لن نتطرق إلى أسباب انقضاء عقد الوكالة التجارية باختصار كالآتي:

أولاً انقضاء عقد الوكالة التجارية بالأسباب العامة لانقضاء العقود

ينتهي عقد الوكالة التجارية كغيره من العقود، بتنفيذ العملية محله أو بانهاء مدته، وكذا بالفسخ واستحالة التنفيذ.

1- تنفيذ المحل في عقد الوكالة التجارية أو انتهاء أجله

يعتبر تنفيذ العملية محل العقد، صورة طبيعية لانتهاء سائر العقود⁷⁹⁴ ومن هذا المنطلق فإن الوكالة التجارية تنتهي هي الأخرى بإجاز الوكيل التجاري للعملية التي أعطيت للوكالة من أجلها بحسب طبيعتها ورضا لها تم الاتفاق عليه بين الطرفين. ويعتقد أن استحقاق الوكيل التجاري للعمولة في الظروف العادية، يحث مؤشراً لا على قيمة تنفيذ العملية التي كلف بها من لدن الموكل⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ في هذا المعنى، ينص الفصل 320 من قانون الالتزامات والعقود على أنه: "ينبغي الالتزام بأداء محله للدائن وفقاً للشروط التي يحددها الاتفاق أو القانون".
⁷⁹⁵ وهو ما يستفاد من مطلع المادة 399 من مدونة التجارة حيث جاء فيها أنه: "410-

ثم إن الوكالة التجارية قد تعقد لمدة غير محددة⁷⁹⁶ أو لمدة محددة⁷⁹⁷ - يتفق عليها بين الموكل والوكيل التجاري في صلب العقد أو بقصدها عرف تجاري يجري به العمل - تنقضي بفواتها ما لم يستمر إمراره في تعديده بعد انصرامها، حيث يصبح عقدا غير محدد المدة⁷⁹⁸.

"يصدق الوكيل التجاري عمولة عند إبرام العملية بفصل تنطه أو عند إبرامها بمساعدة من الأخير..."

وكذا من الفقرة 1 من المادة 401 التي تنص على أنه:

"تصدق العمولة بمجرد تنعبد العملية من طرف الموكل أو من التاريخ المعترض لتنفيذ تطبيقا للاتفاق المحصل مع الوكيل، أو أيضا بمجرد قيام الوكيل من حيث تنعبد العملية

796- يوصف العقد بكونه غير محدد المدة إذا لم تحدد منته لا بإرادة طرفيه ولا بالنظر إلى طبيعة العمل محله.

ومن خصائصه أن المشروع يحول لكل من طرفيه إمكانية إنهائه بإرادة منفردة غير أنه يترتب على إنهائه دون شعور فوات المسؤولية في الجانب الذي يدر إلى ذلك عن الضرر الذي لحق للطرف الآخر، ما لم يتفق الأمر بحدود جسيم.

وإن كل المشروع قد أعطى لطرفي العقد غير محدد المدة الحق في إنهائه بالإرادة المنفردة، إلا أنه ليس إطلاقا، بل لابد من استعماله دون أن تنجح إليه مسؤولية على صاحبه، وذلك ليس فقط باحترام أجل الإشعار، وإنما أيضا بعدم التمسك في استعمال حق الإنهاء.

797- يكرن العقد محدد المدة حينما تحدد بهيئة سلفا من قبل المتعاقدين، بمعنى أن كل طرف يعرف الوقت الذي سينتهي خلاله التزامه.

ويبلي على كرون العقد محدد المدة، أنه ينهي تلقائيا بانتهاء المدة المحددة فيه من قبل المتعاقدين، أو بانتهاء العمل الذي كان محلا له وذلك دون حاجة إلى إشعار به أو بيان أسباب إنهائه، كما أنه لا يمسوغ لأحد المتعاقدين أن يستقل بإنهائه بإرادته المنفردة قبل فوات المدة المتفق عليها تحت طائلة أداء تعويض للطرف الآخر، ما لم يكن الإنهاء مبررا بارتكاب هذا الأخير خطأ جسيما، أو كان الإنهاء يشغل الفقرة الفارقة مع العلم أنه ليس هناك ما يمنع الطرفين من الاتفاق على عدم انتهاء العقد فور انتهاء المدة المتفق عليها.

798- عملا بما تنص عليه الفقرة 1 من المادة 396 من مدونة التجارة:

والحديث بالذكر، أنه يمكن لأي من الطرفين أن يعتمد على إنهاء عقد الوكالة التجارية⁷⁹⁹ متى كان غير محدد المدة، شريطة توجيه إشعار إلى الطرف الآخر أحله شهر واحد بالنسبة للسنة الأولى من العقد وشهران بالنسبة للسنة الثانية منه وثلاثة أشهر ابتداء من السنة الثالثة⁸⁰⁰ ذلك الإشعار الذي يمكن للموكل أن يتدخل من الالتزام بتوجيهه إلى الوكيل التحري، بل وإن يقوم بفسخ العقد فيما لو ارتكب هذا الأخير خطأ جسيماً⁸⁰¹.

وفيما يتعلق بالوكيل التجاري، فإنه يستحق تعويضاً عن الضرر الذي لحق به نتيجة لإنهاء العقد - على الرغم من كل شرط مخالف - إلا أنه يدعى عليه مع ذلك أن يشعر الموكل ببئته في المطالبة بالتعويض داخل أجل سنة من تاريخ إنهاء العقد⁸⁰².

وبمفهوم المخالفة، فإن الوكيل التجاري يعقد حقه في التعويض المذكور، متى كان هذا الإنهاء يعزى إلى فعله، ما لم يكن مبرراً.

799- لأنه إذا كان عقد الوكالة التجارية على غرار غيره من العقود ينمق بمجرّد توافق إرادتي طرفيه، فإن هذه الإرادة المشتركة يمكن لها أن تنقضي كذلك بإنهائه ووضوح حد له.

800- حسماً ورد في الفقرتين 2 و3 من نفس المادة المذكورة في الهامش السابق. ويتصح بالرجوع إلى الفقرة 4 منها، أنه عند احتساب مدة الإشعار الموعود إليه أعلاه، ترعى المدة المحددة للعقد العنصرية، حينما يتحول العقد محدد المدة إلى عقد غير محدد المدة.

801- طبقاً لما جاء في الفقرة 6 من المادة 396. والملاحظ أن التشريع المغربي يعتبر من بين التشريعات المقارنة التي لم تحدد مفهوم خطأ الجسيم، وربما الحلة في ذلك كونه يختلف باختلاف صوره وبمختلف وثق كل نزاع على حدة، غير أنه في إطار المادة 39 من مدونة الشغل مثلاً لورد بعض الحالات التي تعد بمثابة خطأ جسيم من شأنها أن تؤدي إلى إنهاء عقد الشغل متى تمسك بها رب العمل.

وعلى أي يمكن القول، إن الخطأ للجسيم هو كل فعل يرتكبه أحد طرفي العلاقة التعاقدية يجعل استمرارها أمراً مستحيلاً.

802- الشيء الذي تؤكدته الفقرة 1 من المادة 402 من نفس المدونة.

بظروف تنسب إلى الموكل، أو صار يستحيل مثابته، للمعنى فيه بالنظر إلى عامة حدثت له أو مرض الم به⁸⁰³.

وإن دل هذا على شيء، فالأمر يدل على أن المشرع وإن جعل لكل طرف في عقد الوكالة التجارية - الموكل، والوكيل الحق في وضع حد له بإرادته المفردة متى كان غير محدد المدة، إلا أنه ألزم للمستخلص من العقد محدد المدة⁸⁰⁴.

2- استحالة تنفيذ عقد الوكالة التجارية

يتقضي الالتزام كقاعدة عامة⁸⁰⁵ إذا نشأ صحيحاً ثم أصبح محله مستحيلاً استحالة طبيعية أو قلووية بغير فعل المدين أو خطئه وقيل إن يصير في حالة مطلق، وبالنسبة لمدوية التجارة، فإنها تنص صراحة في الفقرة الأخيرة من المادة 396 - على أن "عقد الوكالة التجارية ينتهي بقوة القانون بفعل القوة القاهرة"⁸⁰⁶.

وينبغي على ذلك، أن الوكيل للتجاري لا يسأل عما ولا يمكن بالتالي مضالته بالتعويض⁸⁰⁷ من جراء عدم التنفيذ⁸⁰⁸ ما لم يكن قد

803- كما تعيد بذلك الفقرة 3 من المادة 402.

في الواقع بعد المرس من دعما مؤقتا يؤدي إلى توقف العقد لا إلى انقضاءه، غير أنه يخلق اضطرابا في سير العملية، لذلك الحق المشرع في اعتقلا بأسباب الانتهاء

804- حسبما يستشف من الفقرة 2 من المادة 396.

805- تم تكريس تلك القاعدة في الفصل 335 من قانون الالتزامات والعقود.

806- القوة القاهرة على حد تعبير المشرع في الفصل 269 من نفس القانون المشار إليه أعلاه ما يلي:

"كل أمر لا يستطيع الإنسان أن يرفعه، كاستظواهر الطبيعة (الفيضات والجفاف والعواصف والحرائق والبراكين) وهزات المدور وفعل السلطة ويكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا.

ولا يعتبر من قبيل القوة القاهرة الأمر الذي قدل كمن من الممكن دفعه ما لم يقم المدين الدليل على أنه بذل كل العناية لأدائه عن نفسه وكذلك لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة، فمبب الذي يندج عن خطأ سيق للمدين".

الترم بتحمل تسعة القوة القاهرة، لكن إذا كانت استحالة تنفيذ العقد تعزى إلى فعله، فإنه يحق للموكل مطالبته بالتعويض عن عدم التنفيذ.

ثانياً : انقضاء عقد الوكالة التجارية لأسباب خاصة بالمتعاملين

مثلاً ينتهي عقد الوكالة التجارية للأسباب العامة لانقضاء العقود، فإنه ينتهي أيضاً لأسباب تتعلق حصوصاً بالطرافه، نتناول منها ما يلي:

1- عزل الوكيل التجاري وتنازله عن الوكالة

في الواقع لم تنص مدونة التجارة صراحة على هذا السبب - على عكس قانون الالتزامات والعقود الذي أسار إليه في الفصل 929 منه في معرض تعداده لأسباب انقضاء الوكالة المدنية- ومع ذلك يمكن في رأينا المتواضع، استنتاجه من مضمون الفقرة الأولى من المادة 395 منها التي جاء فيها أنه:

"يرم عقد الوكالة التجارية لتحقيق العاية المشتركة للأطراف" باعتبار أن وجود الوكالة عموماً يناس على تحقيق المصلحة المشتركة لطرفيه، وبالتالي إذا تبين للموكل أن مصلحته تقتضي إنهاء الوكالة تجنباً لأضرار ستحلقة لا محالة من جراء تفيد الوكيل التجاري للتصرف الذي ليط به، حق له أن يعزله، أضف إلى أن الوكالة

887- لا ترقى الإشارة في المقام، إلى أن الحق في التعويض ينشأ كقاعدة عامة- نص عليها المشرع في الفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود- ليس بحسب من جراء عدم إوفاء بالالتزام، ولكن أيضاً بسبب التأخر في الوفاء به ولو لم يثبت سوء نية لدى المدين.

888- لأنه حسب مقتضى الفصل 268 من نفس القانون، لا يكون هناك محل لأي تعويض:

"إذا ثبت للمدين أن عدم الوفاء بالالتزام أو التأخير فيه نشأ عن سبب لا يمكن من يبرى إليه كفوة القاهرة أو الحادث فجائي لو محل الدائن.

التجارية تعتبر من العقود اللازمة التي يمكن بموجبها للموكل أن يعزل
الوكيل التجاري⁸⁰⁹.

2- موت الموكل أو الوكيل التجاري

نرى انطلاقاً من مقتضى الفقرة الثانية من المادة 402 من مدونة
التجارة التي تنص على أنه:

"يستفيد ذوو حقوق الوكالة التجارية من نفس حق التعويض في حالة
نقض العقد بسبب وفاة مورثهم" لأن عقد الوكالة التجارية ينتهي من جهة
موت الموكل، لأن شخصيته تعد محل اعتبار في التعاقد، ولأن موته
يؤدي إلى فقدان السلطة التي يعتمد عليها الوكيل التجاري في معاشرة
لأعماله، وموت الوكيل التجاري⁸¹⁰ من جهة أخرى، وبالتالي فإن ورثته
لا يقومون مقامه في تنفيذ العقد، غير أنهم يستحقون من الموكل تعويضا
عن الضرر الذي لحق بهم من جراء انتهائه بموت الوكيل التجاري.

809- يرد على حق الموكل في عزل الوكيل قبض، الأول يتعلق بمزل الموكل
للكيل بعيز مبرر معقول أو في وقت غير مناسب، فقه على الرغم من صحة
العزل فيه يكون للوكيل أن يرجع على الموكل بالتعويض عما لحقه من ضرر من
جاء هذا العزل، والتقدير الثاني يتعلق بالوكالة التي يرتبط بها حق الغير أو كانت قد
صدرت لصالح الوكيل، فقه لا يجوز في هذه الحالة عزل الوكيل أو تعييد وكالته
دون رضاه من صدرت الوكالة لصالحه.

- عرير العكيلي، مرجع سابق، ص 390.
كذلك نجد المقترح ينص -بالنسبة للوكالة المدنية- في البند الأول من الفصل 931
من قانون لائزات والعقود على أنه:

"إذا كانت الوكالة قد أعطيت في مصلحة الوكيل لوفي مصلحة الغير، لا يجوز
للموكل أن يلغىها إلا بموافقة من أعطيت في مصلحة".
810- تنهي الوكالة التجارية بموت الوكيل التجاري، لا أنه ينهي على ورثته في
ما إذا علم بوقته وتويزت فيه الإغنية اللازمة أن يشعر الموكل بالولاء وأن يتخذ
التدابير التي من شأنها حماية مصلحة الموكل.

لورد.
- عرير العكيلي، مرجع سابق، ص 391.

المطلب الثاني عقد السمسرة

مع لاشك فيه، أن عقد السمسرة كواحد من أبرز عقود الوساطة ليس وليد اليوم بحيث أسفرت عنه الممارسة⁸¹¹ ولا حيث عهد بالتنظيم القانوني⁸¹² كما أنه لم يكن حكرا على المجال التجاري وحده، بل عرف قديما، وبرزت أهميته بشكل كبير في إطار تنظيم حركة المعاملات المدنية وكذلك التجارية.

ومع تطور العصر، زادت الحاجة إلى الخدمات التي يقدمها السمسرة كوسطاء- سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو معنويين- لى درجة أن مهنتهم شهدت نوعا من التخصص في أنشطة معينة، من وتم تقييد مباشرة البعض منها من قبل فئة تحترف للتوسط فيه بالذات بشروط محددة⁸¹³.

وكبصراته في دول أخرى، عمل المشرع المغربي على تنظيم السمسرة، بدعوة ساء على القانون التجاري الصادر بتاريخ 12 غشت 1930، ثم وضع لاحقا قوانين أخرى منها قانون بشأن السمسرة في البضائع⁸¹⁴ وآخر حول السمسرة في الميدان البحري⁸¹⁵ وكذا في

811- انظر على سبيل الاستئناس

- عزاز لعكيلي مرجع سبق، ص 434.

812- فطر سبيل المثال، نجد المشرع الأردني مازال يطبق حاليا قانون الدلائل والسمسرة، المسمى رقم 950 لسنة 1900، إلى جانب قانون الوكلاء والوسطاء التجاريين رقم 28 لسنة 2001

813- ينص من المقتضى 34 و36 من الظهير الشريف الصادر في 21 شتنبر 1993 أنه من بين المهام الموكلة لشركات البورصة كوسيط مالي في القانون المغربي مهمة السمسرة في الأوراق المالية المعقدة في بورصة القيم بحيث لا يسمح لغيره بالتدخل فيها

814- تنظم الوساطة في بيع البضائع المطروحة للمزاد العلني بظهير 15 أبريل 1924.

النامي ١١٦ عدوة على تسيطره للوساطة التي يباشرها مساهمة
بورصة. أو بالأحرى شركات البورصة^{١١٧}، وفي طابع شخص ١٩٥٦

١١٥- صدر بخصوص مهنة الوساطة البحرية- التي تتناول الوساطة في تجار
التي ربيعها وكذا التأمير- طهر 2 يوليو ٩٥٣ بشأن الوساطة الخاصة
بالشؤون البحرية المنشور بالجريدة الرسمية عدد ٣٢ 2 بتاريخ 4 سبتمبر ١٩٥٣
ص 3020

١١٦- كان طهر 9 أكتوبر 1977- قبل إبعاده - بشكل للنظم لاسمي لوسطاء
وساطة التأمين.
مثل إليه لدى

عبد الرحمن بلعكيد، وثيقة البيع بين النظم والعمل، الطبعة الثالثة، سنة 2001
ص 101،

واللاحظ أن الظهير الشريف رقم 02.238 الصادر في 3 أكتوبر 2002 بتعديل
القانون رقم 17.99 المتعلق بطبقة التأمينات، يشمل بين طبقة عددا من المهنيين
"كوسطاء التأمين" و"معاة التأمين" و"وكلاء التأمين" و"شركة الوساطة" وغير
ذلك- التي ارتأينا تحديد مفاهيمها وفقا لكل للقياس.

والعمليات التي تمارسها معولات التأمين وإعادة التأمين، تعرض على العموم إما
مباشرة من قبلها، أو بواسطة لشخص محول لهم للقيم تلك، بدور وسطاء
التأمين.

ويختبر وسيل التأمين في متعلق هذا الظهير، كل شخص محدد من طرف الإدارة
كوكيل التأمين- سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا- أو كشركة مسجلة.
ويمكن لوسطاء التأمين، أن يرخص لأشخاص طبيعيين يطلق عليهم معاة التأمين-
بصفته هاته لا كوسطاء لتأمين بأن يقدموا لخصائهم وتحت مسؤوليتهم صلت
التأمين المذكورة في الصائتين 159 و 160.

كما يجوز لوكيل التأمين، وهو الشخص الذي يلزم من مقولة التأمين وإعادة
التأمين، هي عرض العمليات المبنية في المادتين أعلاه على العموم، أن يمثل اثنين
سهما، بشرط أن يحصن على مرافقة من يرم معها أول اتفاق تعيير، ذلك لاتفاق
الذي يجب أن يحدد نطاق وطبيعة للعمليات التي يقوم بها الوكيل بحساب مقولة أو
مقولاتي التأمين وإعادة التأمين.

أما شركة الوساطة- التي ينبغي أن تتخذ شكل شركة مساهمة أو ذات مسؤولية
محدودة- فهي شركة تمثل زبائنها لدى مقولات التأمين وإعادة التأمين، فيما يتعلق
بإسناد تعضية الأخطار، وكذا في الحالة التي تسمح لها مقولة التأمين أو إعادة

التأمين بتحويل القسط التأمين لعائلتها. غير أنه لا يجوز لها تسديد تعويضات الحوادث لحساب المعولات الموماً بوباء على توكيل خاص.
راجع في هذا الشأن: الفقرة الأولى من المادتين 289 و290. والمواد من 291 إلى 293 والفقرة الأولى من المادة 297 والمادة 298. ثم الفقرة الأولى من المادة 299. 317 في البورصة عبارة عن مكان يتجمع فيه عادة الصيولة والتجار والمسلمة وعبرهم، تصف إشراف وترخيص الدولة أو هي عبارة أخرى، سوق مالية منظمة تحكمها قوانين خاصة وتقاليد رسوخة، بد أنها أهم مؤسسة مالية اعتباراً للتأثير الذي تمرسه على الاقتصاد الدول صعيد وهبوطاً، والدور الذي تلعبه في تعبئة الموارد وتوجيه الاستثمار وتمويل المشاريع، ناهيك عن أنها تتولى مهمة المسمرة في الأوراق المالية.

وبتعبير آخر، فإن شركات البورصة تعد من مهنيي السوق المالي، بحيث تتولى تقديم الخدمات المرتبطة بالاستثمار في القيم المعنولة بوجه عام، وتلعب لروما دور الوسيط في التعامل في البورصة، الذي حل محل الوسطاء اللاتينيين كأحد الأعداء في تنظيم وهيكل السوق المالي المغربي.

ومن المعلوم أن بورصة نيويورك أو "وول ستريت" تعد من أقدم البورصات، إذ تميز كافة الاقتصاد الأمريكي، ويعد مؤشر "دو جونز" لديها الشركات الكبرى في حين يمثل مؤشر "نارداك" قطاع التكنولوجيا والمعلومات والاتصال.
وإلى جانبها، توجد بورصات أخرى ذات صيت عالمي، كبورصة طوكيو أو "كوبونشور" وبورصة هوكوك، ولندن، وباريس، وفرانكفورت وغيرها.
أما عربياً فتحتل بورصة القاهرة المرتبة الأولى نظراً لقدمها وحداثتها في الميدان. كما ينبغي ألا ننسى أنه بجانبنا تتمركز البورصة بمدينة الدار البيضاء.

للمزيد من التفصيل بخصوص شركات البورصة، راجع مثلاً:
- أحمد أيت لطلب، التنظيم القانوني للسوق المالي المغربي: (البنيات والفاعلات) دراسة قانونية واستشرافية لهيكل السوق المالي ولتجالات الفاعلين فيه على ضوء نعر الإصلاحات، الطبعة الأولى، سنة 2006 من ص 188 إلى 236.

وقد نظم لمشروع المغربي منذ تسعينيات القرن الماضي، بورصة القيم بموجب الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 193211 الصادر في 21 شتنبر 1993- منشور بالجريدة الرسمية عدد 4223 في 6 أكتوبر 1993. من 1882- الذي جاء محتملاً على 92 مادة، والذي نسخ بموجب الظهير الشريف رقم 16.151 الصادر في 25 غشت 2016 بتقيد القانون رقم 19.14 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي.

خرجت إلى الوجود مدونة التجارة الجديدة، التي حصلت عقد المسمرة
بمجموعة من المواد - أي من 405 إلى 421 - ضمن كتابها الرابع، بعد
أن قضت في البند التاسع من المادة المانحة منها بأنه
"مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع يعده المنطق بالشهر في
السجل التجاري، تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية
للأنشطة التالية.

.....

والمسمرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة".

ولا نفوت الإشارة، إلى أن بورصة القيم عبارة عن سوق تركز فيها الأدوات المالية
- من سندات وأسهم وغيرها - محل تداول عام، وتتبع بالامتياز في أغلبها شركة
مساهمة تخدم لهذا الغرض، يطلق عليها "الشركة المسيرة".

وحتى يمكن شركات البورصة من تحقيق هدفها الأساسي الذي يكمن في إبرام
المعاملات المتعلقة بالأدوات المالية، لا بد أن تحصل منفذ على رخص اعتمد تسلم
من طرف الوزير المكلف بالمالية بعد استطلاع رأي الهيئة المصرية لسوق
الرساميل، على أن تقدم ضمانات كافية، لا سيما فيما يتعلق بتقليبها ورسائلها الفنية
والمالية وتجربة مسيرتها.

ويتطلب على المعاملات المبرومة بواسطتها، صرف عمولة مسمرة تقلدتها، بين
حدها لأقصى الررير المكلف بالمالية بناء على اقتراح من الهيئة المصرية لسوق
الرساميل.

هذا، ويعهد إلى الهيئة المذكورة بمراقبة شركات البورصة، إذ يجوز له في بوجه
إليها تحذيرا فيما لو أحلت بأعراف المهنة، أو أمرا لاتحاد جميع التقدير الرامية
إلى إعادة إقرار توازنها المالي أو تصحيح مبالغ إدارتها إذ ما تطلبت وصحتها
ذلك.

أما "مستدوق الصمان" -الذي تديره هذه الهيئة- فيشكل بسبب التحويلات المستحقة
لعماله شركات البورصة لبعض عن تصديتها

كما يتعين على كل شركة من شركات البورصة مختصة بصورة قانونية، أن تنضم
إلى جمعية مهنية تسمى "الجمعية المهنية لشركات البورصة" التي تنوي عليها
أحكام التقدير الشريف الصادر بتاريخ 15 نوفمبر 1958 المنطق بحق تأسيس
الجمعيات.

وفي معرض دراستنا لعقد السمسرة، ارتأينا أن نسلط الضوء على أهميات المسائل فيه، وذلك انطلاقاً من الوقوف عند ماهيته وتكوينه مروراً بالآثار القانونية التي تنترتب عليه، وانتهاءً باستجلاء أساليب انفصائه، تبعاً على الشكل التالي:

الفقرة الأولى : ماهية السمسرة

يتميز عقد السمسرة من حيث مفهومه وخصائصه وعلاقته بعقود الوساطة التجارية الأخرى، وتلكم بعض الجوانب التي نتحدد من خلالها ماهية هذا العقد الذي يبرز فيه السمسار كتاجر يكتسب هذه الصفة بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للسمسرة، بحيث يكمن دوره أساساً في المعنى إلى التقريب بين وجهتي نظر طرفي العقد، ويقدم كل ما لديه من معلومات من شأنها أن تصفح في إبرامه، وذلك لقاء أجر أو عمولة.

وهو لا يعتبر وكيلاً عن أي منهما، لأن الأعمال التي يجرها هي مجرد أعمال مالية لا تسمح بالوقوف على العقد بوصفه طرفاً فيه كما أنه يقوم بمهمته لفائدة أحدهما أو كليهما دون أن يكون مرتبطاً بعلاقة عمل مع أي منهما

أولاً: تعريف عقد السمسرة

تطلق السمسرة في اللغة على حرفة السمسار، وكذا على أجرته⁸¹⁸ لما في التشريع، فإنه على الرغم من الاختلاف في صياغة تعريف عقد السمسرة، إلا أن مفاده يظل واحداً، بحيث يتمحور حول توسط السمسار في التقريب بين وجهتي النظر وقد ينتهي المطاف بطرفين إلى الاتفاق على العقد من غير أن يكون طرفاً أصلياً فيه.

⁸¹⁸ - فنظر في هذا الصدد:

- مصطفى إبراهيم وآخرون، المعجم الوسيط، الجزء الثاني، الطبعة الرابعة، سنة

2004، ص 304.

وهكذا، عرفه المشرع المغربي في الفقرة الأولى من المادة 405 من مدونة التجارة بقوله:

"المسيرة عقد يكلف بموجبه السمسار من طرف شخص بالبحث عن شخص آخر لربط علاقته بينهما قصد إبرام عقد" هي حين لكتفي في الفقرة الثانية منها بالتأكيد على أن علاقة السمسار بالمتعاقدين، تحصى للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة⁴¹⁹ في كل ما يمكن تطبيقه على عقد المسيرة وفيما عدا ذلك تسري عليها مقتضيات المنصوص عليها في القسم الثالث من الكتاب الرابع من مدونة التجارة وبالتحديد في المواد من 406 إلى 421.

وهو تعريف لور ما أثار جدلاً هنا إليه، حلوه من ذكر المقابل أي "إجارة السمسار" شأنه في ذلك مثلاً شأن التعريف الوارد في المادة 609 من المجلة التجارية التونسية، الذي يفيد بأن:

"المسيرة عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار بأن يسعى في البحث لربط الصلة بين شخص وشخص آخر لعقد اتفاق بينهما" على عكس العديد

419- صحيح أن المشرع أفرد الفصول من 759 إلى 780 من قانون الالتزامات والعقود للمقتضيات الخاصة بالإجارة على الصنع، إلا أن ما يهمنا هو الأحكام العامة التي أوردتها في الباب الثاني من القسم الثالث من الكتاب الثاني من مدونة الأجير - تحت عنوان: "إجارة الصنعة وإجارة الحرفة" - أي في الفصول من 723 المعدل والمتمم بظهير 18 دجبر 1947 إلى 745 مكرر ثلاث مرات

ويقصد بإجارة الصنعة، في مفهوم الفقرة الثانية من الفصل 723 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم بظهير 18 دجبر 1947، "إجارة الصنعة عقد بمقتضاه يلتزم أحد الطرفين بصنع شيء معين في معين لآخر يلتزم الطرف الآخر بدفعه له".

ويعتبر القانون بمثابة إجارة الصنعة حينما ورد في الفصل 724 من قانون الالتزامات والعقود:

"العقد الذي يلتزم بمقتضاه الأشخاص الذي يباشرون العمل، بتقديم خدماتهم لزميلتهم، وكذلك قلنا بالنسبة إلى أرباب الحرف".

من القواعد التجارية الأخرى التي لم يفتها التصويب على ما
العصر 820.

ونرى أنه يمكن تحليل سكوت المشرع بأكثر من سبب منطقي
من ذلك أن السمسار بعد وفقاً لمذوبة التجارة تاجر، يباشر عمله المتمثل
في الوساطة على وجه الاعتياد لو الاحتراف وبالتالي، فإنه لا يتمتع
بمزايا مجانية.

ثم إنه تدل على الأمر في النصوص المالية حيث تطرق فيها إلى حالات
استحقاق وعدم استحقاق السمسار لأجرته، وكذا إلى تحديد مقدره
والطرف المكلف أصلاً بدفعها 821.

820- من تلك القواعد التي استقر عليها اختيارنا بهدف تقريب معاد هذا العقد من
الإمكان -الذي يحظى بممارسة جد نشطة في حياتنا، يعمل الدور الذي يلعبه في
تسهيل إبرام الصفقات وتدوين الثروات- هناك القواعد التجارية الأرسى، التي
يصل - في الفقرة 1 من المادة 99 منه- على أن:

"السمسار عقد يلتزم به فريق يدعى السمسار، بأن يرشد الفريق الآخر إلى فرصة
لحقة اتفاق ما، أو أن يكون له وسيطاً في مفاوضات التعاقد، وذلك مقابل أجر"
وقانون التجاري المدني، الذي لا يختلف عنه من حيث صياغة النص، و
نفسه - في الفقرة 29 منه- بأن:

"السمسار عقد يلتزم به فريق يسمى السمسار، بأن يرشد الفريق الآخر إلى واسطة
بعد ما، أو أن يكون له وسيطاً في مفاوضات التعاقد، مقابل أجر".
وقانون التجارة المدني، الذي يعبر عنه - في المادة 323 منه- بقوله.
"السمسار عقد يتعهد بمرجه السمسار لشخص بالبحث عن طرف ثلث لإبرام عقد
معين في مقابل أجر"

والقانون السوري، الذي جعل قواعد الوكالة التطبيق بوجه عام على عقد
السمسار حيث ذهب - في المادة 412 منه- إلى أن:

"السمسار هو عقد يلتزم بمقتضاه السمسار بأن يتبع للطرف المتعاقد فرصة التعاقد
مقابل أجر، أو للتوسط في إبرام مفاوضات تحقيق هذا الاتفاق وقواعد الوكالة
تطبق بوجه عام على السمسار"

821- راجع المواد 413 ومن 415 إلى 419 من مدونة التجارة
-422-

بل يمكن أيضاً الاستناد إلى الإحالة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 405 بمعنى الركوز إلى قانون الالتزامات والعقود الذي يقضي في الباب الذي تتناول فيه بعض الأحكام العامة المتعلقة بإجارة الصنعة بأن:

"الاتفاق على الأجر يعتبر موحوداً حتى ولو لم يصرح به، متى كانت الصنعة مما لم تجر العادة على أدائها مجانياً، أو إذا كان الشخص بلائها يياها مباشره، أو إذا تعلق الأمر بصنعة تجارية أو بعمل أداء التاجر في مباشرته بتجارتها".⁸²²

هذه بالنسبة للتشريع، أما على مستوى الفقه، فيبدو من خلال الرجوع إلى العديد من كتابات رجال الفقه القانوني والباحثين في الموضوع أنهم رغم اختلاف المطلق الذي تحكم في تصورهم، إلا أنهم لم يحدوا بمنسجة تحديدهم لمفهوم عقد الممصرة عن المقومات الدالة في تكوينه، حيث اعتبروه عقداً أو تعاقفاً يهدف التمسار بواسطته إلى التقريب بين شخصين غير متعارفين لإتاحة فرصة إبرام اتفاق بينهما أو البحث لأحد الأطراف عن طرف حر للتعاقد معه، أو التوسط بينهما في مفاوضات التعاقد مقابل أجره تكون في العادة نسبة مئوية من قيمة الصفقة.⁸²³

822- أنظر الفصل 732 منه.

823- أحمد شكري السباعي، مرجع سابق، ص 168.

- عز الدين بنسني، مرجع سابق، ص 150 وص 151.
ويرد به لدى لعربي: "عملية توسط بين طرفي العقد مقابل عسولة غالباً ما تأتي في شكل نسبة مئوية من قيمة الصفقة".

- فؤاد معلال، مرجع سابق، ص 100.
أو "عمل يقوم به شخص يسمى التمسار بهدف بواسطته التوسط بين شخصين لإبرام عقد بينهما، مقابل أجر يحصل عليه من المتعاقدين معه".

- فريدة اليوموري، مرجع سابق، ص 95.

أنظر بخصوص تعريف عقد الممصرة كذلك:

- عزير المعكيسي، مرجع سابق، ص 433.

وهيما يتعلق بالفضاء، فإنه يبدو من مجموعة من لأحكام الفصلية
الصادرة عن بعض المحاكم المغربية في موضوع السمسرة تنحصر
إجمالاً حول إثبات عقد السمسرة، وتحديد طبيعته القانونية، والفصل في
مدى استحقاق السمسار لأجرته، وتعيين زمان ومكان إبرام العقد
الحاصل بوسطة رسول أو وسيط وما إلى ذلك، إلا أن من شأن وفئة
متأينة عدد محتوياتها الكشف عن الصيغ الدالة على مفهوم السمسرة في
السمسار، بل أن المفهوم الذي لا يخرج عموماً عن كون هذا الأخير
"وسيط تنرم المعاملة بوسطته أو بسبب المعلومات التي يقدمها
للمتعالين مقابل رسوم السمسرة"²⁴.

- سميحة الفيلوسي، شرح العقود التجارية، مرجع سابق، ص 214

- محمد السيد علي، مرجع سابق، ص 218.

24- أو هو "شخص ينحصر دوره في الوساطة في إبرام الصفقات بتزوي
أطرافها ونفعها للتفاوض بخصوص البيع وشئونه وشروط العقد الأخرى".
وإن السمسرة "عملية يقوم بها السمسار لفائدة الغير، تؤدي إلى إبرام عقد وذلك في
مقابل أتعاب".

أو هي فيما "عملية بمقتضاها يتوسط السمسار بتكليف من الغير، بالبحث له عن
صفقة، مقابل واجب السمسرة".

أو "عملية تكلف بموجها للسمسار من لدن أحد الأطراف، بالبحث عن شخص آخر
يربط علاقة معه قصد إبرام عقد، في مقابل أجر".
نظر في هذا الصدد:

1- الحكم لمتنى رقم 265 الصادر في 4 يونيو 1985، المنشور بمجلة قضاء
المجلس الأعلى العدد 9 من 46 الإصدار الرقسي، تجبر سنة 2000

2- القرار رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985، المنشور بمجلة قضاء
المجلس الأعلى العدد 39، من 35 الإصدار الرقسي تجبر سنة 2000.

3- القرار رقم 3704 الصادر في الملف المتني عدد 91 2484 بتاريخ 12 يونيو
1997، المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 33 من 34، الإصدار
رقسي تجبر سنة 2000.

4- القرار رقم 781 الصادر في الملف التجاري عدد 98.1.6.169 بتاريخ 15 يونيو
2000 المنشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 88 من 113

5- القرار رقم 259 الصادر من محكمة الاستئناف التجارية بطنس في الملف عدد
07 1793 بتاريخ 14 نونبر 2008

وعلى هذا الأساس، فإن مهمة المسمار، تحتم عليه ألا يتدخل في العلاقات القانونية التي تتم بين الربون والطرف الآخر، ومن ثم فإنه لا يكون في حلة إلى صمات خاصة كتلك المقررة للوكيل بالعمولة، بل به يختلف عن سائر الوسطاء للتجارين في كونهم يقومون بأعمال قانونية قد تصاحبها أعمال مالية، لما دوره فيحصر في إصار الأعمال المدنية من أجل عقد الصفقة موضوع السمسرة، ولا يمتد إلى تعبد الاتساعات التي يربتها العقد، وهذا هو الأصل، غير أنه في بعض الحالات يكون ضامم إيلام العقد - أي أنه سمسار ضامم - وهذا الصال

لن فيما يخص قصاء بعض البلاد العربية، ومنه القصاء المصري فنجد مثلاً أن محكمة القاهرة كانت قد قصت في حكم لها بين عقد السمسرة "عند يلتزم المسمار بمقتضاه بأن يرشد الطرف الآخر إلى فرصة التعاقد سوء بإصار طرف يقبى هذا التعاقد، أو بالمعارضة لتوفيق بين الطرفين، وذلك معفى تعبد المتعاقد مع المسمار بنفع آخر" وسعرت محكمة النقض للمسمار:

"ركيل بكلفة أحد المتعاقدين بالتوسط لدى لمتعاقد الآخر لإتمام صفقة بينهما باحر يستحق له بمقتضى اتفاق صريح أو اتفاق صمى يستفاد من طبيعة عمله عند نجاح وسيلته بإيلام عقد الصفقة على يديه. وليس يمنع منه هذا الأجر الذي استحقه بتمام العقد، أن يفسخ العقد فيما بعد" كما ذهبت إلى أن:

"عمل المسمار يقتصر على التكريب بين شخصين لإتمام الصفقة، من أن يكون له شأن فيما يتم التعاقد عليه، فهو لا يمثل أحد المتعاقدين، ولا يوقع على العقد بوصفه طرفاً فيه".

وجاء في أحد الطعون أيضاً أن:

"المسمار ليس بوكيل عادي ولا بوكيل بموكل، ولا يتعاقد باسمه ولا باسم من وكله، وينتهي عمله بمجرد قناع الأطراف بإيلام العقد".

أورد الاجتهادات المشار إليها أعلاه:

- على جمال الدين عيسى الرجاء في القانون التجاري المود التجارية. الأورق التجارية. عمليات البنوك. الإفلاس طبعة سنة 1982. ص 10 واهشوا.

ركدلك:

- الحسين البوعيسى، كروبولوجيا الاجتهاد القضاى في المادة التجارية. سلسلة كروبولوجيا الاجتهاد القضاى العدد 4 للطبعة الأولى سنة 2004، ص 100

لا يفرض، وإنما يجب أن يتم التخصيص عليه صراحة في هذا الأمر
أو في نص القانون، أو تؤكد ظروف التعاقد، أو يجري عليه المشرع
التجاري

ولا تقوت الإشارة في هذا المقام، إلى أنه إذا كان من الجائز في
المعتمد من الأحوال، أن يكلف الزبون للممسر بالبحث عن شخص آخر
وربط علاقة بينهما قصد إبرام عقد ما، إلا أن بعض المبادئ القانونية لا
تخبر بذلك لا لمخالفتها للنظام العام والآداب العامة، وإنما لكونه يتنافى
مع السلوك الحسن ومبادئ الأمانة التي تقرصها النظم المهمة وتشرعها
فنايتها، مما يرتب المسئلة التأديبية، كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لمهنة
المحاماة وخطبة العدالة⁸²⁵.

ثانياً: خصال عقد الممسرة

تعتبر الممسرة وفق ما تقدم بيانه عقداً من عقود الوساطة التجارية
قوامه تكليف الممسر من قبل الزبون بالبحث عن شخص آخر لربط
علاقة بينهما قصد إبرام عقد ما قد يكون بيعاً أو إيجاراً أو غيرهما -
في مقابل أجره يحصل عليها فيما لو تم إبرام العقد الذي توسط فيه، أو
نتيجة المعلومات التي قدمها للأطراف.

⁸²⁵ قد جاء في الفقرة 1 من المادة 33 من المظهر الشريف رقم 108 101
الصادر في 20 أكتوبر 2008 بتعديل القانون رقم 28.08 المتعلق بتعديل القانون المظم
نموه لمحاماة - المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5680 بتاريخ 6 نونبر 2008. من
4044 كما تم تحيله وتسميه بمقتضى استئذ ذلك الأخطاء المنشورة بالجريدة الرسمية
عدد 6687 بتاريخ فاتح جويلية 2008 من 4409 - له:
كما يجوز للمحامي أن يمارس أي عمل يستهدف جلب الأشخاص واستمالتهم ولا
وهو ليس للمحامي الذي ورد في المادة 34 من المظهر الشريف رقم 106.56
الصادر في 14 فبراير 2006 بتعديل القانون رقم 16.03 المتعلق بملحة العدالة.
المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4400 بتاريخ 2 مارس 2006. من 566.

وهو كمائر العقود يتسم بمجموعة من الخصائص يستل بالبعض منها، ريثتراك معها في البعض الآخر، منها أنه عقد رضائي، باعتبار أن المشرع لم يستلزم لإبرامه شكلا معينا، بل يكفي فيه تطوق الإيجاب والقبول، ويبقى عقد رضائيا ولو تطلب القانون للكتابة لاثباته، لكن هذا لا يمنع من أن يكون عقدا شكليا إما بنص القانون أو باتفاق الأطراف.

وهو يدخل في خانة عقود المعاوضة، إذ أن كل طرف يتلقى مقبلا لما عطاء، وهو لأجرة أو العمولة بالنسبة للممصر لقاء سعيه وبذل جهده في التريب بين أطراف العقد، وحصول الصيل على قبول من أجل إبرام العقد من لدن الطرف الآخر.

فصلا عن أنه عقد ملزم للجائين، بحيث إنه يرتب التزامات متبادلة في دمة الممصر الذي يكلف بالبحث عن شخص يتعاقد مع من وسطه، والزبون الذي يلتزم بدفع مستحقات المصرة.

وعلاوة على ذلك، فإن لعقد المصرة خصائص أخرى لعل أبرزها أنه من عقود الوساطة، إذ ينصاف إلى كل من عقد الوكالة بالمصرة⁸²⁶ والوكالة التجارية ليؤلف معهم عقود الوساطة التجارية والمعرض منه تسهيل صلية التعاقد بين شخصين أي الزبون والمعاقد الآخر، عن طريق الممصر الذي لا تربطه أية علاقة تبعية بربوه والذي لا يضمن مبدئيا تنفيذ العقد، بل إن مهمته تنتهي وبمستحق أجرته إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه، أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للأطراف.

وهو يدخل في عداد العقود التجارية لبا كانت طبيعة العملية موضوع العقد الذي يتوسط فيه الممصر، أي سواء كانت مرتبطة بعمل مدني أو تجاري⁸²⁷ ذلك أن المشرع اعتبر⁸²⁸ "المصرة والوكالة

826- وذلك بنص البند 9 من المادة 6 من مدونة التجارة.

827- الشيء الذي كان قد كده المجلس الأعلى في قرار قديم به داهب إلى أن

"المصرة من الأعمال التجارية الأصلية ولو تعلقت ببيع عقار".

بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة⁸²⁹ أنشطة تجارية ذلك أي تقييد بالنسبة لطبيعة العملية، ومن ثم، فإن عقد السمسرة يكون دائما عمدة تجاريا بالنسبة للسمسر، أما بالنسبة للعميل فيقد يكون تجاريا لو منتهى بحسب طبيعة الصفقة المراد إبرامها.

وفي الحالة التي يكون فيها عقد السمسرة تجاريا بالنسبة لأحد الأطراف ومنهيا في مواجهة الآخر، تطبق⁸³⁰ قواعد القانون التجاري في حق الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا، ولا يمكن أن تسري على من كان العمل بالنسبة إليه منهيا ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك.

كما يقوم عقد السمسرة على الاعتبار الشخصي، بمعنى أن الربو لا يكلف إلا الشخص الذي تتوفر فيه مواصفات معينة -حقيقية وحرفية- تؤهله لأداء المهمة المنوطة به على أحسن وجه ممكن وتزور ثقته به.

وما دامت السمسرة كغيرها من الأعمال التجارية تركز على الثقة، فإنه يسي على ذلك أن عدم توفر الأمانة والاستقامة وعدم الملاءة المالية للسمسر، من شأنه أن يؤدي إلى رخصة الاستمرار الذي يتعين أن يطرح للبيئة التجارية.

كذلك من بين العناصر المميزة له، استقلال السمسار في قيامه بعمله، أي أنه لا يكون تابعا للعميل، وإذا كان يتلقى منه تعليمات وتوجيهات، فإنها لا ترقى إلى درجة التبعة الموجودة في عقد الشغل بين العامل ورب العمل.

أنظر قرار المجلس الأعلى رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يوليو 1985 المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 39. الإصدار الرقعي: جدير 2000 من 36.
829- في نفس البلد لعموما إليها أعلاه.
830- أنظر في هذا الصدد.

- مصطفى كمال طه وعلي البارودي، مرجع سابق، ص 539.
834- حمدا توبد به المادة 4 من مدونة التجارة.

ثالثاً : تمييز عقد السمسرة عن بعض العقود المشابهة

لما نصت المادة السادسة من مدونة التجارة في بندها التاسع على

«مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بعده المتعلق بالشهر في سجل التجاري، تكتسب الصفة التجارية بالسمسرة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

1-...

5- السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرهما من أعمال الوساطة" فإنها تكون بذلك قد أبرزت الطبيعة القانونية لعقد السمسرة بوصفه عقداً تجريباً بصرف النظر عن العملية التي تكون محلها، أي أنه بعد عقداً تجارياً متى تمت ممارسة عمل السمسرة على وجه الاعتدال أو الاحتراف.

وهو عقد يلتقي في بعض النواحي مع بعض العقود ويترق عنها في أخرى:

هي عاقبته مثلاً بعقد الوكالة التجارية، نجد أنه يلتقي معه في كونه أياً من عقود الوساطة التجارية، غير أن هذا الأخير يختلف عنه من عدة أوجه، منها أن محله على ما يظهر من محتوى الفقرة الأولى من المادة 393 من مدونة التجارة - يكون عبارة عن إثنية أو بيعات أو بضعة عامة لجميع العمليات التجارية، وأن الوكيل التجاري يجري تصرفاً قانونياً باسم وأحساب موكله يتمثل في التفاوض و التعاقد بخصوص ما ذكر أعلاه، أما السمسار الذي يكلف من قبل من وسطه بعمل ملائ يتحدد في التقريب بين هذا الأخير والغير من أجل إبرام عقد معه، فإنه لا يتوسط في معاملات تجارية أو مدنية دون أن يؤثر ذلك على الطبيعة التجارية لعقد السمسرة.

وعلى الرغم من أن السمسرة والوكالة بالعمولة يلتصقان تحت تصنيف عقود الوساطة التجارية، إلا أنهما يترقان في كثير من الجوانب من بينها مثلاً أن عقد الوكالة بالعمولة الذي يلزم بموجبه

الوكيل بالعمولة بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله في
مفعل أجرة⁸³¹ تسري عليه فضلا عن المقتضيات المتعلقة به الواردة في
مدونة التجارة، تلك التي تخضع لها الوكالة المنصوص عليها في قانون
الالتزامات والعقود⁸³² على عكس عقد السمسرة الذي تحكمه كما هو
معلوم للعباء العامة لعقد إجارة الصنعة المصنعة في هذا الأخير في
كل ما يمكن تطبيقه عليه، علاوة على تلك الخاصة به التي جاءت بها
مدونة التجارة⁸³³.

وإذا كان الوكيل بالعمولة يستحق الأجرة بمجرد إبرام العقد مع
الغير⁸³⁴ فإن السمسار يستحقها مبدئيا إذا تم إبرام العقد الذي توسط فيه
أو نتيجة للمعلومات التي قدمها للطرفين⁸³⁵ ولما كان الأول يقوم باسمه
الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله، مما يجعل أثر العقد تنصرف
إليه فيكتسب من أثر الحقوق الناتجة عنه والالتزامات المترتبة عليه في
مواجهة الأشخاص الذين تعاقد معهم⁸³⁶ فإن دور السمسار كوسيط
يقتصر على البحث فقط عن شخص لربط علاقة يديه وبين من وسطه
من أجل إبرام عقد⁸³⁷ ولا يكون طرفا فيه حتى تتسحب إليه آثاره.

ثم إنه إذا كان محل التزام الأخير يماثل محل التزام السمسار في
كونه عبارة عن أداء عمل معين، فإن الأول يرتبط فيه بعلاقة تبعية مع
مستأجره، بعكس الثاني الذي رغم تلقيه تعليمات وتوجيهات من عميله لا
يكون تابعا له.

⁸³¹- الشيء الذي تكبد به المادة 422 من مدونة التجارة.

⁸³²- خصوصا لنص عليه المادة 405 من نفس المدونة.

⁸³³- عملا بمقتضى الفقرة 1 من المادة 424 منها.

⁸³⁴- تبعا لما ورد في الفقرة 1 من المادة 4.5 منها.

⁸³⁵- أنظر في ذلك الفقرة 1 من المادة 422 والفقرة 1 من المادة 423 من نفس
المدونة.

⁸³⁶- كما يظهر من مضمون الفقرة 1 من المادة 403 منها.

الفقرة الثانية: تكوين عقد السمسرة

على غرار بقية العقود، يجب لقيام عقد السمسرة وتمامه استيفاء بعض وجود وصحة، تلك العناصر التي نكرها المشرع المغربي في الفصل الثاني من قانون الالتزامات والعقود دألا:

«أركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن إرادة هي:

- 1- الأهلية للالتزام؛

- 2- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام؛
- 3- شيء محقق يصلح أن يكون محلا للالتزام؛
- 4- سبب مشروع للالتزام».

هذه إبن هي لأركان التي تتأسس عليها عادة العقود، على أن البعض منها يستلزم علاوة على ذلك، إما الشكلية بالنسبة للعقود الشكلية أو التسليم بالنسبة للعقود العينية.

وبما أن المشرع لم يفرد في إطار مدونة التجارة مقتضيات تخص هذا الموضوع، باستثناء ما يتعلق بالأهلية التجارية⁸³⁷ فإنه لا يصح سوى الرجوع إلى القواعد العامة التي تحكم تكوين العقود المكرسة في قانون الالتزامات والعقود.

وعليه، فإنه لا بد من وجود الرضى لدى المتعاقدين وأن ينصب توافقهما على محل وأن يركز تعاقدتهما على سبب، وفقا للشروط التي يتطلبها القانون في كل عنصر من هذه العناصر، علاوة على أن يكون الرضى صحيحا بصنوره من ذي أهلية وحلوه من العيوب التي يمكن أن تشوبه.

⁸³⁷ - المنصوص عليها في المراء من 12 إلى 17 من مدونة التجارة ومن المعلوم، أنه لا يكفي لاختصاص شخص صفة تاجر أن يرار الأعمال التجارية ويحدها حرفه له، وإنما لا بد أن تتوفر فيه الأهلية التجارية وهي صلاحية الشخص ممارسة حرفة تجارية تستوجب خصومه للالتزامات التي يرضها القانون على التجار.

أولاً، الرضى في عقد السمسرة

بعد عقد السمسرة من العقود الرضائية التي يكفي لانعقادها طلبها
للبراعه العامة⁸³⁸ توفر إرادتين، أي صدور قبول مطلق للإيجاب
وقترانه به، دون ترفعه على شكية معينة.

وفي العقد موضوع دراستنا، يجب أن يحصل التوافق بين
إرادتي العميل والسمسار على إحداث أثر قانوني هو التسمي للبعث
لعائته عن شخص كي يتعاقد معه نظير أجرة يؤديها له، وذلك عن
طريق صدور إيجاب يتضمن عرضاً بوجهه الأول إلى التلقي وصدور
قبول من هذا الأخير.

لما عن كيفية التعبير عن إرادتهما، فإنها تكون وفق الطرق
المألوفة، أي صراحة أو ضمناً⁸³⁹ بل إن السكوت قد يرقى في حالات
معينة إلى درجة القبول⁸⁴⁰ شريطة أن يقتض القبول بالإيجاب -حيثما
يكون قائماً ولم يسقط- إما في مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو
عكس لو ما إليهم من وسائل الاتصال.

وتأكيداً للنظرية التي أحد بها المشرع المغربي في مجال التعاقد
بين عائلتين بصورة عامة، أي نظرية إعلان القبول⁸⁴¹ الغائلة بأن العقد

⁸³⁸ في معرض تعريفه لإجراء فصحة -في الفصل 723 من قانون الالتزامات
والعقود المعدل والمتمم بنظير 18 نجنبر 1947، نص المشرع -في الفقرة الثالثة
منه- على أن هذا العقد يتم بقراصي الطرفين.

⁸³⁹ للمزيد من الإيضاح والتفصيل بخصوص وسائل التعبير عن الإرادة، رجع
منا.

- صد الفادر المرعوي، مصادر الالتزامات، الكتاب الأول، نظرية العقد؛ دراسة
على ضوء لتعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود، الطبعة الثانية
سنة 2003. من ص 53 إلى 92.

⁸⁴⁰ - لسنر كلا من الفصل 25 و38 من قانون الالتزامات والعقود.

⁸⁴¹ تنص المشرع المغربي هذه النظرية وكرسها في الفصل 24 من قانون
الالتزامات والعقود.

الوسيط في العقود الخاصة: العقود المنطقية والتجارية والبنكية

يعتبر ثانياً بمجرد التصريح بالقبول والإعلان عنه، فإن المجلس الأعلى
كل قد ذهب في قرار له⁸⁴² إلى أن:

"الفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود يعتبر العقد قائماً بمجرد توصل
الوسيط بالرد بحيث لا داعي لعلم الموجب بهذا القبول إلا من باب
الإحسان به دخل المعهلة المعهولة، وعبر رد القابل قد حصل داخل
الأجل الذي حدده للموجب بالرغم من توصل الممصار بالقبول داخل
الأجل المئزم دون الموجب الأصلي"

وحتى يكون الرضى صحيحاً، ينبغي أن يصدر من ذي أهلية
ولم يكن سليماً حالياً من أي عيب من العيوب المعروفة في تشريعنا
والمرد بالأهلية، صلاحية الشخص لأن تقترب له وعليه حقوق
والتزامات، بل ولا يباشر بنفسه التصرفات القانونية، وهي تكون إما أن
أهلية وجوب أو أهلية أداء⁸⁴³.

⁸⁴² أنظر قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 25 يونيو 1969، المنشور بمجلة
القضاء والقانون العدد 102، أكتوبر سنة 1969 ص 49، والمنشور أيضاً بمجلة
قضاء المجلس الأعلى - الإصدار الرسمي ديسمبر 2000 العدد 11 مركز النشر
والتوثيق القضائي، ص 29 - حيث جاء بالصيغة الآتية:

"يصر الفصل 29 من قانون الالتزامات والعقود على أن من تقدم بطلب مع تحديد
أجل للتبرير يبقى ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى قصر المدة هذا الأجل ويتخلل من
يجانبه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد.

ويصر الفصل 24 من نفس القانون على أن العقد الحصص بوساطة رسول أو
وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع بهما رد من تلقى الإيجاب للوسيط بانه
قبله.

ولقد تكون محكمة الموضوع قد حرقت لفصلين المذكورين بسوء تطبيقهما لهما
عندما رفضت التصريح بصحة البيع رغم أنه ثبت لديها توصل الوسيط بقبول
عرض البيع خلال الأجل القانوني".

⁸⁴³ أنظر المادتان 206 و207 من الظهير الشريف رقم 104.22 الصادر في 3
فبراير 2004 بتعديل قانون رقم 70.03 بمثابة مدونة الأسرة. المنشور بالجريدة
الرسومية عدد 5184 بتاريخ 4 فبراير 2004 - ص 8.

وبما أن عقد السميرة يعتبر من قبيل العقود التجارية، فإن الأهلية المقصودة هنا هي الأهلية التجارية اللازمة بممارسة الأنشطة التجارية التي حصها المشرع بمقتضيات المراجعة بين نقي مدونة التجارة، لأنها في المواد من 12 إلى 17 منها⁸⁴⁴ لكن دور أن نفس أيضا لقواعد المقررة في مدونة الأسرة⁸⁴⁵ وكذا في قانون الالتزامات والعقود⁸⁴⁶ والتي على صونها يمكن للقوس -بمختصر- أن الأصل في الشخص الطبيعي هو كمال أهليته بطوعه من الرشد القانوني -وهو ثمانية عشر سنة شخصية كاملة- ولم يثبت سبب من أسباب نقصانها أو فقدانها، حيث يحق له ممارسة الأنشطة التجارية ويتحمل ما ينتج عنها من حقوق والتزامات؛ علما أنه يجوز الإذن بالتجارة للقاصر -سواء كان مغربا أو أجنبيا- وللوصي أو المقدم باستثمار أمواله في الحدود التي يسمح بها القانون وتقييد هذا الإذن في السجل التجاري⁸⁴⁷.

- 844- نص المشرع صراحة في المادة 12 أعلاه على أنه:
"تخصص لأهلية لقواعد الأحوال الشخصية مع مراعاة الأحكام التالية"
845- بالمصيط في الكتاب الرابع منها تحت عنوان: "الأهلية والنتيجة الشرعية" الذي وضعه المشرع على المواد 206 إلى 276.
846- ونقصد الفصول من 3 إلى 13 منه.
وقد يتفق بعد إجازة الصيغة الذي أحالت عليه مدونة التجارة، ونص الفصل 725 من قانون الالتزامات والعقود على ما يلي:
"إجازة الصيغة وإجازة الحصة لا تدعى صحيحين إلا إذا كان عاقداهما متمتعين بأهلية الالتزام وتجب مساعدة المحصور عليه والقاصر ممن له الولاية عليهما".
847- مد عن أهلية الشخص الطبيعي، أن الشخص المعنوي، فتتحدد أهليته بقرض الذي نشأ من أجله، إذ لا يكون صالحا لاكتساب الحقوق أو التحمل بالتزامات اللازم الذي يستحق لقرض المعنوي.
وعليه فإن الشخص المعنوي يتمتع بجميع الحقوق، لا ما كمل منها ملزما لصفة الإنسان الطبيعية وذلك في النطاق الذي قررر القانون. كما تكون له أهلية في الحدود التي يحددها مدد إقامته أو التي يحددها القانون - على حد تعبير المشرع السري في عهد الثاني من الفقرة الأولى من المادة 53 من القانون المدني - ومن تلك الحقوق، ممارسة الأنشطة التجارية، متى كانت الغاية من تأسيسه لقيام بها حيث يقتضيه على إثر ذلك صفة مدير وما يرتبط بها من حقوق والتزامات.
-848-

والسهماء إن بيعي أن يكون أملا لمباشرة السمسرة حسب
قواعد الوسيط القانونية ولأن يتوسط لدى من يكلفه بذلك دون أن
يكون له رتبته معينة يعيب ما من عيوب الرضى⁸⁴⁸.

ثانياً، المحل والسبب في عقد السمسرة

من المعلوم، أنه لا يستقيم وجود أي عقد إلا بتوفر محل يصاب
ببه بشكل من ثم موضوعه أي العملية القانونية المراد تحقيقها.
وعقد السمسرة كغيره من العقود يجب أن يكون له محل يشترط فيه وفقاً
للقواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود⁸⁴⁹ أن يكون
موجوداً أو قابلاً لتوحد في المستقبل، وأن يكون ممكناً لا مستحيلاً
بحسب طبيعته أو بحكم القانون، وأن يكون مشروعاً أي داخل في دائرة
التعامل، وأن يكون معيناً أو قابلاً للتعيين، تحت طائلة بطلان العقد إذا
خلف شرط من هذه الشروط.

ويتصل المحل في هذا العقد، في العملية التي كلف السمسار
بالتوسط فيها، والتي قد تكون بيعاً أو شراءً أو إيجاراً أو غيرها من
العمليات التي ينبغي أن يتم التنفيذ فيها بما تفرضه مبادئ القانون والنظم
للعام والآداب العامة.

ونظراً للأهمية التي يكتسبها شرط مشروعية المحل⁸⁵⁰ من بين
تلك الشروط فإن مدونة التجارة جاءت بمقتضى⁸⁵¹ في إطار المادة 417
منها أكدت فيه أنه:

والجدير بالإشارة، أن نظم الدلائل والسمسرة الثماني، يستوجب ألا يقل عمر
السمسار أو الدلال عن عشرين سنة، وأن يكون من ذوي الأمانة والهمة
والاستقامة، غير محكوم بجلسة أو جنبة ماء، وأن يبنى بشهادة لدى غرفة التجارة
بحسن حاله مسلمة إليه من طرف تاجرين معروفين.

848- تناول المشرع المغربي عيوب الرضى في الفصول من 39 إلى 56 من
قانون الالتزامات والعقود.

849- وعلى وجه التحديد في الفصول من 57 إلى 61 من

850- لقد عبر عنه المشرع بقوله:

"إذا ترسب السمسار عن علم في عمل غير مشروع فلا أجر له".

هذا ويجاز عن المحل في عقد السمسرة، أما بالسبب للسبب الذي نظمته المشرع في قانون الالتزامات والعقود⁸⁵² والذي يختلف المقصود به تعا لاختلاف مواقف رجال الفقه للقانوني المغربي التي تتورع بل من يرى أنه السبب المنشأ الذي يهدف إليه التعاقد من جهة، ومن يذهب إلى أنه الدافع إلى التعاقد من جهة أخرى، فإنه يتطلب فيه أن يكون موجودا وحقيقيا ومشروعا، بحيث إذا انقضى أي شرط من هذه الشروط يبطل العقد لانهيار ركن من أركله وجوده وبطبيعة الحال ينطبق الأمر على عقد السمسرة أيضا الذي يكون سبب التزام السمسار فيه بالبحث عن منعاقد برئصي لتعاقد مع من كلفه، هو الحصول على الأجرة أو العمولة، في حين يكون سبب التزام الربو بفعلها هو نيل السمسار جهده لربط علاقة بينه وبين الغير الذي يقبل التعاقد معه وفقا للشروط التي وضعها.

"الانبياء والأعمال والحقوق المعنوية الداخلية في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها"

851- مثليا في ذلك مثل قانون الالتزامات والعقود الذي نص في الباب المتعلق بالأحكام العامة لإجارة الصنعة وإجارة الخدمة محصة في الفصل 729 منه على أنه

"يبطل كل اتفاق يكون موضوعه:

أ- القيام بعمل مخالفة للقانون أو للأخلاق الحميدة أو لتنظيم العلم.
ب- القيام بعمل مستحيله مثليا.

852- وذلك في النصول من 62 إلى 65 منه

المقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد الممسرة

يشتمل عقد الممسرة بحاصية التبادل والتقابل في الأداءات، إذ ما يعتبر حقوقاً لأحد الطرفين بشكل التزامات بالنسبة للآخر. ومنسطق في هذا الجانب من الدراسة بالالتزامات التي تنشأ عن عقد الممسرة، من ناحية، بالنسبة للممسر، ومن ناحية أخرى، بالنسبة للزبون، وذلك تبعاً على العنواين التالي:

أولاً: التزامات الممسر

يؤدي دي بدء، لا بأش من الإشارة إلى أن الممسر، بما أنه يعد تاجراً يكتسب هذه الصفة بالممارسة الاعتيادية أو لاحترافية للممسرة من المصومة التجارية تفرض عليه التزامات معينة كغيره من التجار منها مثلاً ما جاء في القسم الرابع من الكتاب الأول من مدونة التجارة تحت عنوان "للتزامات التاجر".

ونسأه عليه، فإن في مقفمة ما يلقى على عاتقه، ضرورة أن يفتح لأعرافه التجارية- حساباً في مؤسسة بنكية أو في مركز للشيكات البرنية⁸⁵³ وأن يمسك محاسبة طبعاً لأحكام القانون المتعلق بالقوعد للمحاسبة الموجب على التاجر العمل بها⁸⁵⁴ وأن يسجل اسمه في السجل التجاري⁸⁵⁵ على أن يبين في فواتره ومراسلاته وأوراق الطلب والتعريفات والمنشورات ومناشر الوثائق التجارية المعدة للأغيار، رقم التسجيل ومكانه في السجل التحليلي⁸⁵⁶ وأن يرتب ويحفظ أصول المرسلات الواردة ونسخ المراسلات الصادرة لمدة عشر سنوات ابتداء

853- عملاً بالمادة 18 من مدونة التجارة.

854- أنظر في هذا الصدد المواد من 19 إلى 25 من نص المذنب

855- حسبما تفيد به المادة 37 منها، علم أن المشرع لفرد لباب لثاني من القسم الرابع من الكتاب الأول من المدونة للشهر في السجل التجاري، حيث تناوله في المواد من 27 إلى 78 منها.

856- تبعاً لما تفيد به المقرة 1 من المادة 49 من مدونة التجارة.

من تاريخها⁸⁵⁷ ومعنى آخر، فإنه يلتزم بمسك دفتر تسري عليها أحكام الدفاتر التجارية، بحيث ينبغي أن يقيد عليها سائر المعاملات التي أنجزها بسعيه، وأن يحفظ المستندات المتعلقة بها، لاسيما ونها تؤلف وسيلة مهمة لإثبات حقوقه أمام القضاء في حالة ما بدأ بشا نزاع ما بشأنه.

وحسب الفقرة الأخيرة من المادة الرابعة من النظام الأساسي لعرف التجارة والصناعة والخصمات، فإنه ينبغي على السمسار أن يحصل على بطاقة مهنية تسلمها له هذه الغرف، التي عهد إليها المشرع بموجب المادة الخامسة من نفس القانون تأسيس أو تسيير مراكز للأعمال والسميرة صغر دائرة نفوذها، شريطة موافقة السلطة الحكومية المختصة.

وعلى العموم، فإن التزامات السمسار التي سوف نتولى دراستها هي كالآتي:

1- تنفيذ السمسار للمهمة المكلف بها بنفسه

يقتصر عمل السمسار أساساً على البحث عن شخص لربط علاقة بينه وبين من كلفه قصد إبرام عقد ما، أي للتوسط بين شخصين يسعيان إلى التعاقد، حيث تنتهي مهمته بصفته هاته عند هذا الحد ويستحق تبعاً لذلك أجرته فيما لو أدت المفاوضات التي أحراها بين الطرفين والمعلومات التي أمدتها لهما إلى إبرام العقد، لكن، بما كانت السميرة حرفة يمتنها السمسار، وجب عليه أن يبذل قصارى جهده في تنفيذ المهمة التي عهد به إليه، وأن يوليها عناية لمهني المتبصر.

⁸⁵⁷ وهو ما تضمن عليه الفقرة 1 من المادة 26 من نفس المذونة.

وفي هذا السياق، يتعين عليه أن يضع رهن إشارة الطرفين معا - حتى ولو كان مكلف من لنس أحدهما فقط⁸⁵⁸ - ضمانه بكل صدق ومهارة وحسن نية، ول أن يطلعهما بكل دقة على الظروف المحيطة بالتنفيذ يكون على بينة من الأمر باعتبار أن كل خطأ أو تدليس من جانبه يكون سبباً لخلال بالتزامه التعاقدية ويعرضه لدائلي المسؤولية⁸⁵⁹.
وي يرد كلا منهما بمعلومات حقيقية وصحيحة تخص المتعاقد الآخر وبما رآه قد يكون لها تأثير على التعاقد، وإلا فله يسأل عد عدم تنفيذ العقد في حالة ما لم يذكر لأحدهما اسم المتعاقد الآخر⁸⁶⁰ كما يجب عليه أن يتحرى شخصية من يرشحه للزبون عن طريق التحقق من أهليته للتعاقد نظراً لأن المشرع جعله بصريح النص ضامناً هوية رهنائه⁸⁶¹ ثوب يسرههم⁸⁶² اللهم إذا كان هناك تدليس أو خطأ من جانبه⁸⁶³.

858- قد يكلف عدة سمسرة بموجب عقد واحد، أو يكلف سمسر من قبل عدة أشخاص لإنجاز عمل مشترك بينهم، وفي هذا إطار، تنص المادة 420 من مدونة التجارة على أنه:

"إذا كلف عدة سمسرة بموجب عقد واحد يسألون على وجه التضامن عن تنفيذ عقد السمسرة ما لم يسمح لهم بالعمل على انفراد".
وتنص المادة 421 منها بأنه:

"إذا كلف السمسار من طرف عدة أشخاص لإنجاز عمل مشترك بينهم، فإن كل واحد منهم ملزم براء السمسار على وجه التضامن مع الآخرين بجميع آثار عقد السمسرة".

859- وفق ما ورد في المادة 406 من نص المدونة العشر إليه أعلاه
أنظر أيضاً في نص المعنى الاتصال 737 و 738 من قانون التزامات والعقد.
860- كما تنفيذ بذلك المادة 409 منها.

861- ونقصد المادة 411 من مدونة التجارة.

862- وبذلك خلاف المادة 703 من قانون للتجارة الأردني، حيث جاء فيها أنه
"لا يحق للسمسار أن يتوسط للأشخاص المنهوا بعدم ملائمتهم أو باسم بعضهم
أهليتهم".

863- وعلى حد تحديد المشرع في المادة 412 في السمسرة:
"لا يضمن سمر رهنائه ولا تنفيذ العقود المبرمة بواسطته ولا قيمة أو نوعية الأشياء
المتعاقد بشأنها، ما لم يكن هناك تدليس أو خطأ يوجب إثمه".

هذا، وعلى عكس الوكالة التجارية التي يمكن فيها للوكيل التجاري أن يبرم للعملة شخصياً، أو بمساعدة أحد من الأخصار، فإن المشرع لم يدرج أي مقتضى في معرض تنظيمه لعقد الممارة يرخس للممارس بكتابة الغير عنه في قيامه بمهمته، وهو بهذا الممثل يختلف عن بعض التقريريات، كما هو الأمر مثلاً بالنسبة لقانون التجار المصري⁸⁶⁴.

2- حفظ الممارس للوثائق والعينات

بصفته تاجراً، يلتزم الممارس بأن يفيد في تعامله كلفة للمعاملات التي يجريها وذلك التي تمت نتيجة لمساعدته، وأن يحفظ الأوراق والأمتعة والوثائق والمستندات وغيرها مما تسلمه بمناسبة قيامه بمهمته على أن يردّها لأصحابها عند انتهاء هذه الأخيرة لأنها تعتبر في حكم الرديئة بين يديه.

ومن ثم، فإنه كصاحب لها و أمين عليها، لا يستطيع أن يدفع عنه المسؤولية عن ضياعها أو تعيبها وبطال بتمويض المتعاقدين لو أحدهما عن الضرر الذي أصابه من جراء ذلك⁸⁶⁵ إلا إذا أثبت أن

⁸⁶⁴ - فصول المادة 204 من قانون رقم 17 لسنة 1999 المتعلق بإصدار قانون التجارة على:

1- إذا أتب الممارس غيره في تنفيذ العمل المكلف به دون أن يكون مرخصاً له في ذلك، كان مسؤولاً عن عيب الخائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه، ويكون الممارس واثبه متضامين في المسؤولية.

2- وإذا رخص للممارس في إقامة نائب عنه دون أن يعين له شخص النائب، فلا يكون الممارس مسؤولاً إلا عن خطئه في اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات.

3- وفي جميع الأحوال يجوز لما فوض الممارس ونائب الممارس أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر.

⁸⁶⁵ - في إطار الأحكام العامة المتعلقة بإجارة الصمعة وإجاره الحظمة، تنص الفقرة 1 من الفصل 740 من قانون الأثرامات والتعقود على ما يلي:

السبب يعزى إلى قوة القاهرة أو حادث فجائي⁸⁶⁶ بل أنه يصح أيضاً صفة غير توقيف وصنع على الوثائق والمستندات المذكورة أعلاه، فيما لو كان لأحد المتعاقدين بواسطة⁸⁶⁷.

ويتعبر آخره، فإن التزم الممسر هنا هو التزم بتحقيق نتيجة وليس بفعل عاية بحيث يسأل عن صيغ أو تعيب ما تحت يده من وثائق وأمتعة، ما لم يثبت السبب الأجنبي كالحادث العجائي أو للقوة القاهرة، وبما أن عقد الممسرة هو عقد تجاري بمهنته الدائنة، فإن إثباته يحصص لمبدأ حرية الإثبات، وعاء الإثبات يتحمله المدعى، أي من يدعي خلاف الوصف الثابت أصلاً أو ظاهراً.

ومضى توسط الممسر في بيع سلعة ما على أساس عينة منها وحب عليه أن يحفظ هذه الأخيرة إلى حين أن نقب السلعة بصورة نهائية أو إلى غاية تمام الصفقة، ما لم يعف من لدى المتعاقدين من ذلك عملاً بمقتضى المادة 408 من مونة للتجارة⁸⁶⁸.

ولعل العاية من وراء هذا الالتزام تكمن في إتاحة فرصة للمتعاقدين بالرحوع إلى العينة عند نشوء نزاع بينهما حصول مطابقة

"غير الخدمة وأجير الخدمة اللذان لا يتعامل إلا العمل، يلتزم بالحافظة على الأتياء التي تصم بهما . ويرحب عليهما رد هذه لأتياء بعد أداء تعميها ويحصل هلاكها أو تعيها للحصول بعينها"

866- طبقاً لما تنص عليه المادة 407 من مدونة التجارة وذلك قبلما على المقتضى الواردة في الفصل 741 من قانون الانتزعات والفرد.

867- عملاً بالمادة 410 من نفس المدونة المذكورة في الفيش المسبق.

868- في نفس المعنى ما ذهب إليه المشرع الأردني في الفقرة 2 من المادة 54، من قانون التجارة رقم 12 لسنة 1966 بقوله.

"2- وفي الشروع بالعينة يجب عليه أن يحفظ بالعينة إلى أن تتم العينة" لم المشرع المصري فكان أكثر مرونة بـ من في الفقرة 2 من المادة 206 من قانون التجارة على أنه:

"2- في البيع بالعينة يجب على الممسر: الاحتفاظ بالعينة ما لم تكن قبلة للثب في أي قبل فمشتري التصابة دون تعفظ أو شري جميع السلععت بأنها.

الوسيط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية

منذ أن "الخلائف الوساطة"، التي تستوعب كل العناصر التي من شأنها أن تركز الثقة والاستقرار وتضمن عدم الفساد في مجال المعاملات.

وعليه، فإنه يجب على الوسيط ألا يعمل على خلاف التزامه
بالإيماء إلى ترجيح مصلحة على أخرى، بل عليه أن يتوسط بين
المتعاملين في ما عهد به إليه، إلى أن يصل إلى اتفاق بينهما

وقد كرس هذا المقتضى أيضا القانون رقم 1914 المتعلق
بورصة القيم وشركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي في
المواد من 80 إلى 84 منه⁸⁷¹ باعتبار هذه الشركات -المؤسسة وحدها
دون غيرها لتعديد المعاملات التي تتعلق بالأدوات المالية المعقدة في
جنوب أسواق بورصة القيم- تلعب دور الوسيط لدى العملاء فيما يتعلق
بافتتاح أو تقوية أدوات مالية.

ثانياً: التزامات الزبون في عقد الوساطة

اعتباراً لكونه من العقود التبادلية، فإن عقد الوساطة يرتب
التزامات متبادلة بين طرفيه، تلكم الالتزامات التي تناولنا منها التزامات

⁸⁷¹ - حيث جاء فيها ما يلي:

- المادة 80. "لا يصح لشركة البورصة بالعمل لحسابها الخاص إلا بعد تلبية
أوامر صلاتها"

- المادة 81. "إذا قامت شركات البورصة أثناء تنفيذ أوامر العملاء بالتدخل لحسابها
لحاصل بشكل كلي أو جزئي بوساطة عملية بيع أو شراء أو هما معا، وجب عليها
أن تخبر بذلك مصدرى الأوامر المعلنين".

- المادة 82. "لا يجوز لشركات البورصة أن تقوم بحسابها الخاص بشراء أو بيع
المعدات لمعاملتها علماً بتولي تكبير حساباتهم وتكون لها تبعاً لذلك مبالغ إضافية
العملات على الحسابات المذكورة.

- المادة 84. "يجب على شركات البورصة والمرشدين في الاستثمار المالي وضع
لتدابير الكفيلة بشفافية من تعاملات المصالح واحترام مبدأي الإنصاف والشفافية
ورعاية السوق وأولوية مصلحة العميل".

المسار، وفيما يلي سنعرض إلى الالتزامات الأساسية للربور، وذلك كالآتي:

1- الالتزام بدفع الأجرة

بمطلقاً من المبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة والتي أحالت عليها مدونة التجارة لتحكم علاقة المسار بالمتعلقين معه في الحدود التي لا تتألف فيها مع طبيعة عقد المسرة - يمكن القول في الاتفاق على الأجر يعتبر موجوداً ولو لم يصرح به، إذا كانت الخدمة أو الصنعة من لم تجر العادة على أدائه مجاناً أو إذا كان للشخص بخدمته لها مباشر مهنته، أو إذا تعلق الأمر بصنعة تجارية أو بعمل أداه التاجر في مباشرته لتجارته⁸⁷².

وكما لا يخفى، فإن المسرة تعتبر نشاطاً تجارياً يمتنع المسار ويتقاضى عنه مبالغاً يدعى "المسرة" أو "العمولة" يدفعها عادة العميل عند إنجاز المهمة التي كلفه بها. ويتم تحديد مقدار أجر المسار بالاتفاق فيما بين الطرفين أو وفقاً لما استقر عليه العرف⁸⁷³ وفي حالة عدم تحديده، فإن المحكمة⁸⁷⁴ تتدخل

⁸⁷² انظر في ذلك الفصل 732 من قانون الالتزامات والعقود.

⁸⁷³ بالنسبة لمقدار أجر الصنعة أو الخدمة يحسن المشرع في الفصل 733 من قانون الالتزامات والعقود على أنه.

"إنما يتم بحد الاتفاق أجر الخدمات أو الصنعة، نولت المحكمة تحديده وفق العرف. وإذا وجد عرفاً أو سعار محددة، افترض في المتعلقين أنها لوتضباها".

⁸⁷⁴ لا يفس من الإشراء ما إلى أن الفقرة 1 من الفصل 389 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمتمم على التوالي بضمدي 8 أبريل 1938 و 17 فبراير 1939 تمنح على ما يلي

"تتقدم لمسا سنة دة ثلاثمئة وخمسة وستين يوم.

2- دحوى الوسطاء من أجل استيفاء المسرة ابتداء من إبرام الصيغة

لزم من بناء على ما تقدم له من سلطة تقديرية، أو مستنداً إلى
الاعتبار مع مراعاة ما يحري به العمل في الخدمات المماثلة ومع
الإعصار أيضاً الظروف الخاصة بالعملية كطبيعتها والوقت
الذي يتطلبه إنجازها وغير ذلك ⁸⁷⁵.

والأحرار هنا قد تكون مبلغاً محدداً من المال، كما قد تكون هي
عُلى لأحيان بمعنى ⁸⁷⁶ معينة من قيمة الصفقة.

و- دعوى المتعاقدين ضد الأشخاص المذكورين فيما سبق من أجل ما سبقه لهم
لأنه ما ألتزم بهم من أعمال وذلك ابتداء من نفس الترخيص المقرر لكل طائفة
.....

875- انظر المادة 419 من مبنية التجارة وكذلك الفصل 733 من قانون الانترنات
والخود.

وفي هذا الصدد ليصد، قصب محكمة الاستئناف التجارية بعاس في قرر بها تحت رقم 884 الصادر بتاريخ 25 يونيو 2002 في المصب عدد 02 337 بأنه انه:

"إلا لم يحدل المصار بما يثبت تحديد المبالغ المستحقة له بدءاً على اتفاق بين المحكمة والمطالبة في تحديد أجرته تلقائياً وبالأستعانة برأي الخبراء طبقاً لمقتضيات المادة 419 من القانون التجاري".

وصرحت في قرارها رقم 259 الصادر بتاريخ 14 فبراير 2008 في الملعب عدد 1791، 07 يناير.

«علاقة المصارف مع المتعاقدين تخضع للمبادئ العامة التي تسري على عقد إيجار.
الضمانة تعتبر من الأعمال التجارية الأصلية ولو تعلق ببيع عمار ويخضع لعبرة
الإنابة».

وطالما لم يثبت من الاتفاق أو العرف تحديد أجر السمسار في مبلغ معين يؤكل للمحكمة سلطة تقدير «مقابل الجهد المبذول من طرفه».

والحكم الذي راعى ذلك في مبحثه يعد في مبحثه يعد في مبحثه يعد في مبحثه مع تحليله لينصحه مع ما ذكر أعلاه.

876- وفي هذا السياق ينص المشرع في الفصل 730 من قانون الالتزامات والعقد بخصوص عقد اجارة الصلعة على انه:

تأمر أن يكون الأجر محدداً أو قابلاً للتحديد ويسرع أن يكون الأجر حصة محددة. كما يسوغ أن يكون بمقتضى نصي..."

النسبة

ومن المألوف أن يكون أداء هذا المبلغ أو هذه النسبة من قبل الطرف الذي عهد إليه بالبحث عن المتعاقد الآخر⁸⁷⁷ لربط علاقة بينهما لم يبرم العقد، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو عادة تقضي بخلاف ذلك⁸⁷⁸ غير أنه إذا تبين للزبون بعد إتمام الصفقة، أن الأجرة المتفق عليها تفوق ما تتطلبه فعلا المهمة التي قام بها السمسار، فإنه بموجبه له أن يطالب بتحقيقها، ويحق للمحكمة في هذه الحالة أن تردّها إلى الطرف المعقول والمناسب للجهود التي بذلها السمسار والمصاريف التي أنفقا في سبيل تنفيذها⁸⁷⁹.

وفي الإجمال، فإن السمسار يستحق الأجرة، إذا أبرم العقد الذي توسط فيه أو نتيجة المعلومات التي قدمها للطرفين، أي أنه يستحقها متى كان فعلا مكلفا من قبل من وسطه بالبحث عن المتعاقد الآخر بموجب عقد الصعسرة الذي يربطه به، ونجح في سعيه هذا عن طريق التقريب بين وجهات النظر من أجل إبرام عقد ما وتم إبرامه بين عميله والمتعاقد الآخر بفضل توسطه.

وورد في قرار محكمة الاستئناف بالفيظرة عدد 898 الصادر بتاريخ 17 يوليوز 2000 في الملف المدني رقم 1544.99 - المنشور بملحق المحاكم المغربية العدد 23 ص 163 - أن:

"البائع والمشتري ملزمان بأداء نسبة 4% للسمسار الذي كان مجرد سبب في لقائهما رغم عدم وجود أي نص قانوني يحدد هذه النسبة".

877- الأصل أن يدفع العميل الأجرة للسمسار، قسما على عقد إجازة الصنعة حيث إن رب العمل أو السيد هو من يدفع الأجر وفق ما هو مذكور في العقد أو مقرر بمقتضى العرف المحلي، على ما يبدو من مطلع الفصل 754 من قانون الالتزامات والعقود.

878- وهو ما ورد ذكره في المادة 418 من نفس المدونة، وما يستتف أيضا من مطلع الفصل 734 من نفس القانون التوما فيه أعلاه.

879- طبقا للفقرة الأخيرة من الفصل 735 من قانون الالتزامات والعقود، يحق للمحكمة أن تستعمل جهها في تخصيص الأجر المستحق بالنظر إلى الظروف المحيطة بالعملية، ونسبة للفرد الأجرة من المادة 415 من مدونة التجارة، فإنه يمكن تخصيص الأجر ما لم يكن قد تم تعديده أو دفعه بعد إبرام العقد.

وهو يعني أن الممسار يستحق لأجرة لقاء تحقيق المهمة الموطنة به، وهي إبرام العقد لنتيجة لتوسطه فيه، أما تنفيذه ولا علاقة له به مبتدئ، مع مراعاة المادة 408 من مدونة التجارة.

وهو يستحقه أيضا حتى ولو كان العقد معلف على شرط ⁸⁸⁰ لكن بعد تحقق هذا الأخير ⁸⁸¹ لأنه يمس وجود العقد وفاعله، كما يستحقها بل ولا يلزم برد ما قبضه منها قيم لو تم فسخ العقد بعد إبرامه، إما اختاريا متفق الطرفين أو بناء على أحد لسبب الفسخ المقررة قانونا شريطة ألا يصدر عنه أي تكليس أو خطأ جسيم ⁸⁸².

غير أنه قد يفقد حقه فيها، في حالة ما إذا ارتكب خطأ كان هو السبب في عدم تنفيذ العقد، أو إذ توسط عن علم في عمل غير مشروع ⁸⁸³.

2- الالتزام بتسديد المصاريف

في سبيل تنفيذ مهمته، قد يتحمل الممسار بعض المصاريف منها ما تفرضه عادة ممارسة الممارسة كحرفة كأداء وجبة كراء للمحل الذي يراد فيه أعمال الممارسة، وأجور المستخدمين لديه، وما إليها من

⁸⁸⁴ جاء في القرار عدد 201 الصادر بتاريخ 20 ماي 1977 في الملف المدني رقم 678، للمشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرضائي بجنبر 2000 العدد 25 مركز النشر والتوثيق النصائي، ص 94 م يتي:

"حيث أن العقد المبرم بتاريخ... يتضمن شرطا وفقا وهو أن الفولة تؤدي للممسار يوم إحصاء رسم البيع، وحيث أن محكمة الاستئناف أبدت تطبيق هذا الشرط لظن أنه أصوب إلى العقد تصديا ودرن موفقة الممسار، دون أن تبين الأسباب والمستندات التي تضمنتها لتكوين قناعتها، هذا الأمر الذي يجعل قرارها غير معالج تمثيلا كافيًا."

⁸⁸¹ الميء الذي ورد النص عليه في الفقرة 2 من المادة 415 من مدونة التجارة

⁸⁸² عملا بمقتضى المادة 416 من مدونة التجارة.

انظر أيضا الفصل 735 من القانون لالتزامات والشؤون.

⁸⁸³ انظر المادة 417 من مدونة التجارة.

المفاتيح التي ترتبط عادة بمباشرة السمسرة⁸⁸⁴ - حيث يكون من الطبيعي أن يتحملها السمسار بوصفه تجاراً، ويستوفىها من الأجرة التي يحصل عليها في حالة إبرام العقد، أما إذا لم يبرم فإنه مبدئياً لا يستحقها باعتبار أنها تدخل في المصاريف العادية، اللهم إذا اتفق في العقد على خلاف ذلك

ومنها ما لا تقتضيه معرفتها في حد ذاتها، ويتحملها السمسار بطلب من هذا الأخير - كأن يكلفه بالسفر إلى موطن المتعاقد الآخر، أو بالإعلان عن مواصفات السلع المراد بيعها أو شراؤها في بعض الصحف وبحر ذلك⁸⁸⁵ - وهذه بحق له أن يطالب بها متى تم اشتراطها صراحة في عقد السمسرة سواء تم إبرام العقد أو لا⁸⁸⁶.

3- الالتزام بالتعويض

صحيح أن المشرع لم يورد أي مقتضى في إطار مدونة التجارة يتعلق بالالتزام التعويضي⁸⁸⁷ السمسار، لكن عقد السمسرة كغيره من العقود يحصص للقواعد العامة المنزوعة في قانون الالتزامات والعقود ومن بينها وجوب تنفيذ العقد بكيفية تتفق وحسن النية⁸⁸⁸.

⁸⁸⁴ - عزيز الحكيلي، مرجع سابق، ص 131

⁸⁸⁵ - مميحة الفيلوبي، شرح للعقود التجارية، مرجع سابق، ص 251.

⁸⁸⁶ - وهو ما ظود به مرحلة الفترة الأخيرة من المادة 415 أعلاه.

⁸⁸⁷ - لا الحالة الوحيدة التي تطرق فيها المشرع للتعويض تقتضيها المادة 414 من مدونة التجارة التي تقتضي بما يلي

"إذا كان السمسار مصطحة تنصبة في المعسلة، وجب عليه أن يخبر بذلك الأطراف المتعاقدين وإلا تعرض لتعويض مما يحدث عنه من ضرر".

⁸⁸⁸ - في هذا الصدد ينص الفصل 231 من قانون الالتزامات والعقود على أن: "كل معقد يجب تنفيذه بحسن نية، وهو لا يلزم بما وقع التصريح به نصيب، بل بتنفيذه طبعته".

وهكذا، فإن إخلال الزبون بتنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد السمسة وإلحاق ضرر بالسمسار من جراء ذلك، من شأنه أن يجعله مسؤولاً، ويعطي الحق لهذا الأخير في مطالبته بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية شريطة توفر أركانها، وذلك بوجود عقد صحيح بينهما مستوف بشروط قومه، وصدر خطأ من الزبون يترب عليه عدم إبرام العقد، وإلحاق ضرر بالسمسار من جراء هذا الخطأ، ونشوء علاقة بين الخطأ والضرر، هذا إلى جانب إجراء مهم يتمثل في ضرورة توجيه اعتذار من السمسار إلى الزبون.

فإذا تمكن السمسار من إثبات هذه المسؤولية، فإنه يحكم له بتعويض يراعى في تحديده، مقدار الجهد المبذول والكسب الفائت في سبيل إنجاز مهمته من غير نقصير منه أو إهمال. وخلاصة القول أن السمسار في هذه الحالة لا يستحق الأجرة نظراً لعدم إبرام العقد الذي توسط فيه بخطأ من الزبون، وإنما يستحق تعويضاً عما بدله من جهد وما فاته من كسب تطبيقاً للقواعد العامة⁸⁸⁹.

وفيما يتعلق بالإثبات، نود التذكير في هذا المقام، بأن الأصل هو جواز اثبات عقد السمسة بكافة وسائل الإثبات عملاً بالقاعدة المتأصلة في المادة التجارية، ومع ذلك يجب التمييز بين ما إذا كان العقد تجارياً أم مدنياً بالنسبة للطرف المطلوب صدقه الإثبات فماتشياً مع مقتضى المادة الأربعة من مدونة التجارة⁸⁹⁰.

889- في هذا المعنى، جاء في لفظة 1 من الفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود المعدل والمنتم بالقانون رقم 27 95 ن° "الضرر هو ما لحق الدائن من حصره حقيقياً وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام، وتعتبر الظروف الخاصة بكل حالة موكول نقطة المحكمة التي يجب عليها أن تقرر التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ الدائن أو لدنيه".

890- وهكذا متى كان الإثبات ضد السمسار، جاز استعمال كافة الطرق نظراً لأن عقد السمسة يعتبر صلاً تجارياً من جهته، ويسري معه الحكم إذا كان في مرجحة السمسار الذي وسطه وكان العقد بالنسبة إليه تعبيراً تجارياً، بعكس ما لو كان

هذا من ناحية، ومن ناحية ثانية، إذا كان الدليل الثاني ينتج من
هو مطوم من ورقة رسمية أو عرفية، فإنه يمكن أن ينتج كذلك من
قوائم المسطرة - الموقع عليها من الطرفين على الوجه المطلوب
ونحوه مما يكون مقولا من الناحية القانونية⁸⁹¹.

ورغم عدم اعتبار المسطر طرفا في العقد الذي يتوسط فيه، إلا
أنه قد يحصل أن ينصب نفسه شاهدا على إبرامه، بل ويحرص على
التوقيع عليه بهذه الصفة⁸⁹².

الفقرة الرابعة: انقضاء عقد المسطرة

ينقضي عقد المسطرة بكيفية طبيعية بعد أن يكون قد رتب آثاره
القانونية، أو نظرا بعد إبرامه وقبل تنفيذه لسبب يؤدي إلى انقضائه.

منبأ، حيث لا مناس عندنا من إثباته بواسطة دليل كتابي، مراعاة لما ينص عليه
المصرع في الفصل 443 من قانون الالتزامات والعقود - المحل والمتمم بواسطة
الظهير الشريف رقم 107129 الصادر في 30 نونبر 2007 يقتضي القانون رقم
5103 المتعلق بتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، من وجوب إثبات الاتفاقات
وغيرها من الأفعال القانونية التي يتجوز من خلالها أو قيعتها عشرة آلاف درهم
بالكتابة.

⁸⁹¹ وفي هذا السياق ينص الفصل 417 من قانون الالتزامات والعقود المحل
والمتمم القانون 53.05 بما يلي:

تسج الدليل الكتابي من ورقة رسمية أو عرفية، ويمكن أن ينتج أيضا من
المراسلات والبرقيات ووسائل الطرفين، وكذلك قوائم المسطرة الموقع عليها من
الطرفين على الوجه المطلوب، والفواتير المقبولة، والمستندات والوثائق الخاصة أو
بأي إثبات أو زعم أخرى ذات دلالة واضحة كيفما كانت دعائها.

⁸⁹² تستلزمها الفقرة 1 من الفصل 437 من نفس القانون الموما إليه أعلاه التي
ورد فيها أن:

"تفقد الوسيط المتعلق بالمصفاة التي تمت على أيديهم وحفظت الغير ممن لمحت
لهم مصلحة في النزاع، تكون لها قيمة الشهادة غير المشكوك فيها إذا كان مسكها
على وجه منظم".

الوسيلة في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية

والجدير بالملاحظة أن المشرع المغربي لم يفرد بين مدونة التجارة مقتضيات تخص هذا الموضوع⁸⁹³ اللهم إذا استثنينا إشارته إلى الفسخ في إطار المادة 416 منها بقوله:

"إذ تم هجح العقد بعد إبرامه، سوء وقع الفسخ لاختياريا باتفاق الأطراف أو بموجب أحد أسباب الفسخ المقررة قانونا، فلا يلحق السمسار حقه في المطالبة بأجرته، ولا يلزم برده ما قبضه منه، ما لم يكن هناك تكليس أو خطأ جسيم ينسب إليه".

لذا، لا يسع والحالة هذه سوى الركون إلى الفوائد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود والتي ستنصّر منها على تلك المتعلقة بإجارة الصناعة، المنصوص عنها على وجه التحديد في الفصل 745 الذي جاء فيه:

"إجارة للصناعة وإجارة الخدمة تنقضيان:

أولاً: بانتهاء الأجل المقرر أو بأداء الخدمة أو لفسخ الذي كان محلاً للعقد.

ثانياً: بالفسخ للمحكوم به من القاضي في الحالات التي يحدده القانون.
ثالثاً: باستحالة السيد المأجور بسبب حادث ناجي أو قوة قاهرة، وإما بسبب وفاة أجير الصناعة أو الخدمة، مع مراعاة ما يقضي به القانون من استثناءات بالنسبة إلى الحالة الأخيرة.

ولا تنقسخ الإجازات بعوت السيد أو رب العمل" وذلك عملاً بالإحالة الصريحة المذكورة في الفقرة الثانية من المادة 405 من مدونة التجارة التي تقضي بأنه:

"تخضع علاقات السمسار مع المتعاقدين للمبادئ العامة التي تسري على عقد إجارة الصناعة في كل ما يمكن لتطبيقه على عقد السمسرة، وبما عدا ذلك تخضع للمقتضيات لآتية بعده".

893- وهذا الموقف ليس حكراً عليه، وإبى يشركه في ذلك بعض المشرعين كما هو الأمر بالنسبة للتشريع المصري والأرمني، حيث يحل كل منهما في المادة 2 من قانون التجارة- التي تقابلها المادة 2 من مدونة التجارة- على تطبيق القواعد العامة الواردة في القانون المدني.

أولاً: تنفيذ محل عقد السمسرة أو انتهاء الأجل المحدد له

فإنما على المقتضى الوارد في الفند الأول من الفصل 745 المشار إليه أعلاه، يحس القول، إلى عقد السمسرة بقصبي عادة بتنفيذ السمسار للمهمة المكلف بها وهي البحث عن شخص آخر يطلب من الزبون لربط علاقة بينهما والتقريب بين وجهة نظرهما من أجل إبرام عقد معين

وعليه، إذا وفق السمسار في مسعده هذا وحالفه الحظ بأن تم إتمام العقد نتيجة لذلك، أو للمعلومات التي قدمها للطرفين، فإنه يستحق أجرته مستثياً من الجانب الذي كلفه، وتنتهي مهمته وبقصبي تبعاً لذلك عقد السمسرة تاركاً للمجال لميلاد العقد الذي سيجمع بين الطرفين والمغير⁸⁹⁴ كما ينص في هذا العقد بانتهاء الأجل المقرر لتنفيذه.

ثانياً: فسخ عقد السمسرة

أشار المشرع إلى الفسخ في كل من المادة 416 من مدونة التجارة، واليد الثاني من الفصل 745 من قانون الالتزامات والعقود وفق ما سبق بيانه. والفسخ طبقاً للقواعد العامة، جراء مني بقصبي إلى حل العلاقة التعاقدية بالنسبة للعقود المزمرة للجانبين نتيجة للإحلال بالالتزامات الناشئة عنها.

ومن حيث أنواعه يكون إما قضائياً، يتم بناء على حكم تصدره المحكمة لو لتدقيقاً، إذ لا يقرر إلا باتفاق الأطراف على إدراج شرط

894- أمثلاً لو كلف السمسار من قبل العميل بموجب عقد السمسرة، بالبحث عن مشترٍ لشيء معين، بشروط ومواصفات محددة، وتمكن فعلاً من إيجاد المشتري المطلوب، وربط العلاقة بينه وبين العميل ففسد إبرام عقد البيع، مستفيداً في ذلك بكافة الالتزامات التي يفرضها عليه عقد السمسرة، فإنه يكون في هذه الحدود قد قام بمهمته في علاقة من وسطه حتى ولو لم يتم في آخر المطاف تنفيذ العقد بين العميل والمغير لأجل لا تعزى إليه شخصياً

مسح في العقد بعد فسخه بمجرد الإحلال بالتنفيذ أو كذلك لمسح قانونيا
ترتب بغير القانون عند ثبوت سبب من الأسباب الموجبة له.

وعلى العموم، فإنه في ظل الفواعد العامة⁸⁹⁵ إذا دخل حد
مزمي العقد للتبدي بالتزاماته، حق للطرف الآخر أن يطالبه بالتنفيذ إن
كان ممكناً، وبلا فسخ، بل ربه الحق في التعويض عند الاقتضاء.

لما خصص عقد السمسرة، قبل المادة 416 من مدونة التجارة
التي تطرقت إلى الفسخ الاتفاقي الذي يحصل لاختيار بين كل من
لعميل والسمسرة، والفسخ القانوني الذي يتوقف على وجود سبب
يقضي به كما هو الأمر مثلاً بالنسبة للقوة القاهرة أو الحادث فجائي
حول في الحالتين معاً للسمسار الحق في المطالبة بأجرته والاحتفاظ
بما سبق أن قبضه منها، بشرط ألا ينسب إليه أي خطأ أو تكليس.

ثالثاً : استحالة تنفيذ عقد السمسرة لسبب أجنبي أو للوفاة

تفصي اجارة الصنعة واجارة الخدمة طبقا لسد الثالث من
المس 745 الذي سنت الإشارة إليه، كذلك باستحالة التنفيذ الناشئة
بسبب حادث فجائي أو قوة القاهرة أو بسبب وفاة أجير الصنعة أو
الخدمة

وبالنسبة لعقد السمسرة، فإنه إذا تم إبرامه بين الزبون والسمسار وشرع
هذا الأخير في تنفيذه لكن أثناء ذلك أصبح التنفيذ مستحيلاً بسبب أجنبي
لا بد له فيه كالقوة القاهرة أو الحادث فجائي، فإنه ينقضي.

بيد أنه لا يستقيم القول باستحالة التنفيذ، إلا في ترتيب الالتزام على علق
السمسار بواسطة عقد السمسرة، وكان تنفيذه في البداية ممكناً ثم أصبح
مستحيلاً استحالة مطلقة -سواء كانت طبيعية أو قانونية- على أساس
ألا يكون للسمسار دخل فيها، علماً أن عبء إثبات حدوث السبب
الأجنبي الذي جعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً يقع عليه هو.

⁸⁹⁵ انظر الفقرة 1 من الفصل 259 من قانون الالتزامات والعقود

هذا فيما يتعلق بالاستحالة التي يكون مردها إلى حالة فجائي أو قوة قاهرة، أما فيما يخص الوفاء، فإن عقد الممصرة ينقضي بوفاء الممصر نظرا لكونه من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، أي تلك التي يكون فيها لفحوصية المتعاقد أثر في انعقاد العقد ونحن نعلم مدى أهمية الدور الذي يلعبه الممصر في الوساطة، خاصة سبها التجارية، كما لا تحفى مكانته لدى المتعاملين معه، سيما إذا كان له من المؤهلات والقدرات ما يجعله محل اعتبار أساسي في التعاقد.

وهكذا، فإن عقد الممصرة ينقضي بوفاء الممصر⁸⁹⁶ ولا تقع مواسلته من قبل ورثته إلا إذا وافق الزبون على ذلك، وبمقد جديد. ولا يؤدي موت أحد الممصرة -عند تعددهم- إلى انقضاء العقد بالضرورة، وإنما يرتبط هذا الأثر بمن توفي منهم دون الآخرين، ما لم ينص العقد على أن هؤلاء يعملون مجتمعين، بحيث ينقضي العقد حينئذ بموت أحدهم⁸⁹⁷.

ومراعاة لمصلحة الزبون، فإنه يتعين على ورثة الممصر حين علمهم بوجود عقد الممصرة أن يحذروا الزبون بوفاء مورثهم، وأن يتخذوا كافة الإجراءات من أجل حسن تنفيذ العقد، وأن يحافظوا على سائر الأوراق والمستندات الخاصة به⁸⁹⁸.

896- إله أجير الصبغة في عقد إجارة الصبغة، أما موت السيد أو رب العمل فليس من شأنه أن يؤدي إلى تمساح العقد حسبما جاء في البند الثالث والأخير من الفصل 745.

897- صبغة القبول، شرح العقود التجارية، مرجع سابق، ص 112 وحس 242.

898- أنظر في هذا المعنى على سبيل الاستقناس، الفقرة 4 من المادة 842 من القانون المدني الأردني.

المطلب الثالث

الوكالة بالعمولة

بالعمولة مع عقد الممصرة، يمكن القول إن عقد الوكالة بالعمولة عقد حديث نسبياً، لكن مع ذلك استطاع أن يؤكد حضوره وفعاليته في محيط المعاملات التجارية لاسيما تلك التي تفصل بين أصحابها والمسافات، بل إنه رغم التطور الهائل الذي عرفته وسائل الاتصال والمواصلات في العصر الحديث، والتي أصبحت تساعد على الربط المباشر الذي من شأنه أن يعني عن تدخل الوسيطاء، فإنه لم يحتفظ بأهميته، ربما اعتبرا لما ينطوي عليه من مزايا، قولها تيسير المعاملات. فالتجار مثلاً قد يفضلون التعامل مع الوكيل بالعمولة نظراً لما يتحلى به من أمانة تجعله محل ثقة، وما ينصف به من حكمة وفطنة على تنفيذ العقد، بدلاً من الأصل الذي يجهلون حقيقة مركزه المالي وفي المقابل، قد تكون بالتاجر مصححة في التستر وبخفاء اسمه على من يتعاقد معه، فلا يجد من سبيل أفضل لديه سوى اللجوء إلى الوكيل بالعمولة.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن نطاق هذا العقد الذي كان في وقت مضى يباشره أصلاً وكلاء أفراد وغدت تتولاها مؤسسات متخصصة - يتسع ليشمل التجارة الداخلية والخارجية على حد سواء كما أنه لا يقتصر على البيع والشراء فحسب، وإنما يتناول عمليات أخرى كالنقل وغيره⁸⁹⁹ أما دراستنا به سنكون بصيغة عامة على الشكل التالي:

899- انظر في هذا المعنى.

- مصطفى كمال حه وطى البارودي، العقود التجارية: الأوراق التجارية والإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، مرجع سابق، ص 517
- علي جمال الدين عوص، التوجيه في القانون التجاري، العقود التجارية الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، مرجع سابق، ص 125، وص 126
- مصطفى كمال طه، عقود التجارة وعمليات البنوك دراسة مقاربة، مرجع سابق، ص 45 و ص 46.

الفقرة الأولى : ماهية الوكالة بالعمولة

يعرض المنطق حسب وجهة نظرنا المتواضعة أن يكون المنطق إلى هذا النوع الآخر من العقود التجارية، عن طريق الإحاطة بماهية أركانها تسمح بالتمسك بالخصائص التي يتميز بها، وذلك بعد الوقوف على مفهومه كما صاغه بخصوص المشرع المعري في مدونة التجارة.

أولاً : تعريف عقد الوكالة بالعمولة

صل المشرع المعري على تصميم الوكالة بالعمولة في المولد من 422 إلى 430 من مدونة التجارة التي تم تبنيها بالمواد من 1-430 إلى 6-430 بشأن الوكالة بالعمولة في نقل البضائع - التي سوف لن نتصعب عليها دراست - على أن في الوقت تحثي⁹⁰⁰ - وعرفها بقوله⁹⁰¹ :
"الوكالة بالعمولة عقد يبرأ بموجبه وكيل بالقيام بأمره الخاص بنصرف قانوني⁹⁰² لحساب موكله⁹⁰³ كما جعلها حاصلة في تنظيمها

900- لقد تم تبني أحكام القانون رقم 1345 المتعلق بمدونة التجارة، بأحكام القسم الرابع مكرر تحت عنوان - "وكالة بالعمولة في نقل البضائع" وذلك بمقتضى المادة الأولى من القانون الشريف رقم 106170 الصادر في 22 نوفمبر 2006 بتعديل القانون رقم 24.04 المسمى بتعديل وتنظيم القانون رقم 1393 المتعلق بمدونة التجارة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5480 بتاريخ 17 ديسمبر 2006، ص 161
901- في الفقرة 1 من المادة 422 من نفس المدونة.

902- غير أن مهمة الوكيل بالعمولة لا تقتصر على حد تعبير أحد رجال الفن القانوني - على القيام بنصرف قانوني قوامه إبرام العقد كالوكيل العادي الذي يتعقد باسم موكله، وإنما يقوم كذلك بأعمال مدنية كالمحافظة على الممتلكات التي هي في عهده، واتخاذ الإجراء من الالتزام لذلك، طبقاً لما تقتضي به طبيعتها والعرف.
903- من الملاحظ أن هناك تشريعات لم تعرف بطريقة مبتكرة عقد الوكالة

بالمسولة، بل بصفة غير مبررة من خلال تعريف الوكيل بالعمولة، كما هو الحال مثلاً بالنسبة للقانون التجاري المصري الذي ينص في المادة 81 منه

المقتضيات المتعلقة بالوكالة الواردة في قانون الالتزامات والعقود⁹⁰⁴ يرد على القواعد الخاصة بها المكرسة في مدونة التجارة في المراد عمومها أعلاه، إلا أنه لم ينص على الأجرة التي يتقاضاها الوكيل بالعمولة لقاء أداء المهمة الموكلة به، مع أنها تعتبر من أهم العناصر في العقد. غير أنه نذكر هذا الأمر في مطلع المادة 424، حيث نصت على أنه:

تستحق الوكيل بالعمولة الأجرة بمجرد إبرام العقد مع الغير.

كما ذكر فيه - أي التعريف - على طريقة تعاقد الوكيل بالعمولة ووجهه يتعاقد الوكيل بالعمولة، سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا باسمه الخاص ولحساب الموكل مقابل عمولة، حيث تنصرف إلى معناه آثار نتائج عن هذا العقد الذي ليطبق عليه المشرع عقد الوكالة بالعمولة، أما إذا تعاقد الوكيل باسم موكله وظهر أمام الغير بصفته نائباً كل تنصرف عقد وكالة عينية؛ نهيك عن أنه لم يستلزم أن يكون العمل تجاريا بالعمولة للوكيل بالعمولة وأن يكون محل التصرف أو العمل المكلف بإنجازه من عروض التجارة، بل أن البند التاسع من المادة 6 هي التي نصت على تجارية هذا العقد.

وعلى العموم، فإن الوكالة بالعمولة، عقد يشتر بمقتضاه شخص يسمى الوكيل بالعمولة⁹⁰⁵ بالقيام بتصريف قانوني باسمه الشخصي لحساب شخص آخر يسمى الموكل في مقابل ليرة.

الوكيل بالعمولة هو الذي يعمل عملا باسم نفسه أو باسم الشركة بأمر الموكل وعلى معناه، في مقابل ليرة أو عمولة.

904- وبالنسبة إلى الفصول من 879 إلى 942 منه التي تنطق "بالوكالة بوجه عام" أما الفصول من 943 إلى 958 فتعالج فيها "قضايا العقود المنزلة منزلة لوكالة" (الفصل).

905- الوكيل بالعمولة كما ذهبت إلى تلك بعض الأحكام الصادرة عن محكمة النقض المصرية هو:

"الشخص الذي يحترف التعاقد لحساب الغير وباسم هذا الغير، فهو وكيل عن الغير، ويحتمل به القواعد الخاصة في صورة الاسم المستعار أي وكيل كسوة

وهكذا، فإن الوكيل بالعمولة يبدو أمام الغير المتعاقد معه كأصيل
إذ يكتسب على إثر ذلك الحقوق ويتحمل الالتزامات الناشئة عن العقد
وإن كن في الواقع يتعاقد لحساب موكله، ويظهر أمام هذا الأخير
بصفته وكيلاً عنه بحيث يمثل في إنجاز مصالحه باسمه الشخصي.

ثانياً - خصائص عقد الوكالة بالعمولة

يشترك عقد الوكالة بالعمولة مع عدد من العقود في مجموعة من
الخصائص منها، أنه عقد مسمى نظمه المشرع بموجب نصوص خاصة
تتمثل في المواد من 422 إلى 430 من مدونة التجارة، ناهيك عن القواعد
العمية للوكالة المقررة في قانون الالتزامات والعقود، وهو عقد رضائي
مكرمه ينقذ بمجرد توافق إرادتي الموكل والوكيل بالعمولة، دون ترفعه
على شكل معين، ويمكن إثباته بجميع الطرق عملاً بمبدأ حرية الإثبات
في العادة التجارية المكرس في المادة 334 من مدونة التجارة، وعقد
علمم للجانبين إذ يولد التزامات في ذمة أطرافه، وهو كذلك عقد
معلوصة بحيث إن الشيء الذي يميزه عن عقد الوكالة المدنية هو وجود
الاجرة أو العمولة كعنصر أساسي فيه لأن من يقوم بمهام تتحل في
حرقه يستحق مقابلتها.

غير أنه بالإضافة إلى ذلك يفرّد بخصائص أخرى نسوق منها ما يلي:

فوكلاء في علاقته مع الموكل - كما هي واردة في القانون المدني - في المواد 106
و 713 - ويشترط أن تكون العقود التي يبرمها متعلقة بعروض التجارة أو البضائع
أو الصنوك المندونة، وهذه الصورة من الوكالة هي التي تحكمها المواد 81 وما
يشتر إليه لدى

- على جمل النص عرّض، مرجع سابق، ص 132 وخصص من 129.

1- انشاء عقد الوكالة بالعمولة إلى طائفة الأعمال التجارية

تدرج الوكالة بالعمولة ضمن الأعمال التجارية التي يترتب على ممارستها بشكل اعتيادي أو احترافي اكتساب صفة تاجر⁹⁰⁶ بمعنى أن المشرع جعلها عملا تجاريا بالنسبة للقاتم بها وهو الوكيل بالعمولة بصرف النظر عن كون العمل الذي وكل لإجرائه مندوب أم تجاريا، أما الموكل فقد يكون لعمل من طرفه مديبا أو تجاريا تبعا لطبيعة العمل محل الوكالة⁹⁰⁷.

2- قيام عقد الوكالة بالعمولة على الاعتبار الشخصي

يراعى في الوكالة بالعمولة لأختار الشخص، أي من شخص الوكيل بالعمولة يكتسب في هذه العقد أهمية بالغة تكمن في مدى الثقة التي يصحبها فيه الموكل والتي حدثت به إلى اختياره بالذات، وذلك لتوفره على الموصفات أو بالأحرى على المقومات الضرورية التي من شأنها أن تسعف الوكالة في النهوض بوظيفتها التجارية، عن طريق وكيل محترم، متخصص في عمليات التسويق، ومسحرا لذلك ليس فقط لمرافقه بل وأيضا مؤهلاته في التسيير والتدبير الجيد، وقدراته على تحقيق سمعة تجارية تروم تكوين رصيد مهم من الربح.

ويترتب على كونه كذلك، ضرورة تنفيذ الوكيل بالعمولة للمهمة التي عهد بها إليه بنفسه إلا لاستثناء حيث يجوز له إنبه غيره عنه متى قضى بذلك العقد أو العرف، لو إذا كانت ظروف العملية التي كلف بها

906- عملا بالمادة 9 من المادة 6 من مدونة التجارة.
907- من بين ما ينبغي على كون الوكالة بالعمولة عملا تجاريا، أنه يجوز إنبه بكافة طرق الإثبات تطبيقا بعدا حرية الإثبات في المادة للتجارية غير أنه في الأمور التي يكون فيها العقد تجاريا بالنسبة للوكيل بالعمولة ومديبا بالتمسك للموكل-أي عقدا مغلطا- عليه يجوز إنبه في مواجهة المزل بكافة الطرق، في حين لا يسوغ الإثبات ضد الثاني إلا وفقا لقواعد الإثبات المقررة في المادة المدنية.

تضطره للإجابة⁹⁰⁸ وكذا القضاء بوفاء أحد طرفيه وغيرها من الأسباب التي ترتبط بالشخص⁹⁰⁹.

3- تعاقد الوكيل باسمه في الوكالة بالعمولة

إن مناط الوكالة بالعمولة التي تدخل في نطاق العقود التجارية هو تعاقد الوكيل بالعمولة باسمه الخاص⁹¹⁰ لكن لحساب موكله في مقابل أجر⁹¹¹ يستحقها بمجرد إبرام العقد مع الغير، أي أنه يتصرف كأصيل ومن ثم يكتسب سائر الحقوق الناجمة عنه، كما يلتزم شخصياً تجاه الأعباء التي تعاقدوا معه والدين ليست لهم صلة مباشرة بالموكل⁹¹² الأمر الذي يفرض كون المشرع يفتحص في حالته التمتع بكامل الأهلية لمعرفة الأعمال التجارية.

- 908- حسبما نصت به الفقرة 1 من المادة 427 من مدونة التجارة.
- 909- الشيء الذي يستتف من الفصل 942 من قانون الالتزامات والعقود.
- 910- إن الوكيل بالعمولة الذي يتعاقد باسم موكله، يعتبر وكيلاً عادياً يخضع لقواعد القانون المدني المنطقة بالوكالة، ولا يتمتع بالامتياز المقرر للوكيل بالعمولة.
- لـ في تعاقد باسم الموكل ويعبر إن منه في إظهار اسمه، فإنه يكون مسؤولاً وتصري عليه عندئذ الأحكام المقررة للفضالة.
- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 47.
- 911- إن الوكالة بالعمولة وكافة بأجرة بوليها الموكل للوكيل، وتدعى أيضاً بالعمولة.
- 912- أنظر الفقرة الأولى من المادة 422 والمادة 423. والفقرة الأولى من المادة 424 من مدونة التجارة.
- وفي نفس السياق، جاء في أحد اجتهادات القضاء المصري أنه:
- "قد يلزم الموكل الذي يخصصه لوكيل بالعمولة مع المبرر على صفته كوكيل، وإن هذا العقد يعلق على رضا الموكل ويسمى ذلك "بشرط موافقة المصنع" ومع ذلك يعتبر الوكيل وكيلاً بالعمولة لأنه يتعاقد باسمه وليس بصفته وكيلاً ولو أن الشرط يكتب عن أنه مجرد وكيل، ما دامت نيته واضحة بأنه من الذي يتحمل مسؤولية برونه."
- طي جمال الدين حوض، مرجع سابق، هامش الصفحة 133

ونعتقد، أن هذه خاصية بارزة في عقد الوكالة بالعمولة، إذ رغم كونه من عقود الوساطة التجارية في تشريعنا إلى جانب كل من السمسرة والوكالة التجارية، إلا أن الوكيل بالعمولة لا يشبه السمسار الذي تقتصر مهمته على التقريب بين المتعاقدين دون أن يكون طرفاً في العقد - لقاء أجره بمنحها إذا تم إبرامه على إثر توسطه فيه، و نتيجة للمعلومات التي ردهم بها، والذي تحكم علاقه بهما المبدأ العامة التي تسري على عقد إجارة الصنعة في كل ما يمكن تطبيقه على عقد السمسرة، وكذا لمقتضيات الواردة في المواد المتعلقة بهذا الأخير⁹¹³

كذلك، فإن الوكيل بالعمولة يتميز عن الوكيل التجاري الذي يبرول بكيفية معتادة للتفاوض أو التعاقد بشأن لشيرة أو بيعات وما إليها من العمليات التجارية باسم ولحساب تاجر أو منتج أو وكيل تجاري آخر - من غير أن يكون مرتبطاً معه بعقد عمل - لقاء عمولة يستحقها بمجرد تنفيذ العملية من طرف الموكل أو من الترويج المعروض لتنفيذها أو بمجرد قيام الربون من جهته بتنفيذها⁹¹⁴.

وحتى لن كس العقد الذي يجريه، إلا وهو وكالة بالعمولة يحصم لأحكام الوكالة للعادية ولتلك الخاصة به، إلا أنه يختلف عن الوكيل العادي، أي الشخص الذي يكلف من لدن شخص آخر بالقيام بعمل مشروع لحسابه بدون أجر ما لم يتفق على غير ذلك و في الأحوال التي لا يمكن أن تقتصر فيها مجازة الوكالة بحيث تسحب آثاره إلى ذمة الموكل كما لو كن هو من قام به⁹¹⁵.

913- انظر المادة 405 والفرقة 1 من المادة 415 من مدونة التجارة.

914- انظر الفقرة 1 من كل من المادة 393 و 401 من نفس المدونة المشار إليها

أعلاه.

915- انظر الفصول 879 و 888 و 921 و 922 ثم 923 من قانون الالتزامات

والعقود.

4- استقلالية الوكيل في القيام بمهام الوكالة بالعمولة

إن الوكيل بالعمولة لا يعتبر أجيرا للموكل حتى تربطه به علاقة تبعية، بل إنه يباشر مهامه بكيفية مستقلة عنه، مع ثبوت حق هذا الأخير في إعطائه أوامر وتعليمات قد تكون لمرّة أو لمرّتين.

الفقرة الثانية: تكوين عقد الوكالة بالعمولة

إن الصفة التجارية التي يكتسبها عقد الوكالة بالعمولة لا تعني غياب قواسم مشتركة بينه وبين بقية العقود ومنها وكالة العائدية- حصروا بالنظر إلى الأركان اللازمة لقيامه وهي⁹¹⁶ أهلية للتزام وتعبير صحيح عن الإرادة يقع على العنصر الأساسية للتزام، ونسب محقق يصلح أن يكون محلا للتزام، ثم سبب مشروع للتزام، وهي أركان لم تخصص لها مدونة التجارة حيزا في القسم الذي عالجت فيه الوكالة بالعمولة. لذا لا يسعنا سوى الاستناد إلى القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود.

أولا: الرضى في عقد الوكالة بالعمولة

يتطلب في الرضى كركن رئيسي في أي عقد أن يكون موجودا وصحيحا، وذلك بتوفر الإرادة وتوافقها مع إرادة أخرى، وصنوره من ذي أهلية وحلوه من العيوب التي يمكن أن تعثره كالغلط أو الإكراه أو التثنية أو الغش.

ولم يخصص الرضى، فإن الوكالة- سواء كانت عائدية أو بالعمولة- تتم بتراضي طرفيها، حيث يسوغ أن يكون رضى الموكل صريحا أو ضمريا ما لم يتطلب القانون شكلا خاصا، كما يجوز أن يأتي

⁹¹⁶ طبقا للفصل 2 من قانون الالتزامات والعقود.

الوسيط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية

يقول الوكيل بالعمولة صعباً إذ يستنتج من تكفيله لما البيط به⁹¹⁷ مع استثناء الحالات التي قد يستلزم فيها القانون قبولا صريحاً⁹¹⁸.

ومتى حصص الإيجاب بالوكالة لموجب له يمتنع القيام بالخدمة التي تنصصها - ويصدق هذا على الوكيل بالعمولة كذلك - فله يعتبر قبلاً للإيجاب، ما لم يحظر الموجب برفضه ياء فور تسلمه، بل ويتعين عليه رغم ذلك اتخاذ الإجراءات العاجلة التي تقتضيها مصلحة من كلفه بالعمل.

وإذا تعلق الأمر ببصائع أرسلت إليه، وجب عليه إيداعها في مكان أمين والمحافظة عليها على نفقة الموجب إلى أن يتمكن من رعاية شؤونه بنفسه، ومن كان في التأخير خطر، تعين عليه عندئذ أن يعمل على بيعها بواسطة السلطة القضائية بعد إثبات حالتها⁹¹⁹.

وفي الإجمال، فله ينسعي أن يرد الإيجاب والقبول على العلية المطلوب من الوكيل بالعمولة إنجازها، وكذا على الأجرة التي على الموكل أن يدفعها وعلى باقي لشروط التي يعتبرها مناسبة في التعقد⁹²⁰.

وإذ كان من المبادئ العامة التي تحكم الأهلية، أنه يقتصر كماله لدى الشخص لمباشرة الحقوق والتحمل بالالتزامات بطوعه من الرشد القانوني - وهو ثمانية عشر سنة شمسية كاملة - نور أن ثبت أي

917- مع العلم أنه إذا تم توكيله بمقرب أو برفقة، أو بواسطة رسول، وقبل الوكالة من غير شرط أو تعهد، فإن لوكالة تعتبر منقذة في محل إقامته، حسبما ينص عليه الفصل 886 من القانون الالتزامات والعقود.

918- انظر للفصل 883 من نفس القانون المذكور أعلاه.

919- انظر في ذلك الفصل 883 من نفس القانون.

920- أن الاتفاق كما تفيد بذلك الفقرة الأولى من الفصل 9 من نفس القانون - لا يتم إلا بتراضي الطرفين على المحضر الأسس للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان مناسبة.

سبب من أسباب نقصانها أو انعدامها⁹²¹ فإن الطبيعة التجارية للوكالة بالعمولة بالنسبة للوكيل بالعمولة تدعو إلى الأخذ في هذا المصطلح بالأهلية التجارية⁹²².

لكن، بما أن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص مع ما يستتبع ذلك من انصراف آثار العقد إلى دمه، فإن منطق الأشياء يقتضي كمال الأهلية، أي وجوب توفره على أهلية التصرف، وهذا بخلاف الأصل في الوكيل العادي، إذ بالرجوع إلى الفصل 880 من قانون الالتزامات والعقود نجد نص على أنه:

"يلزم لصحة الوكالة أن يكون الموكل أهلاً لأن يجري بنفسه التصرف الذي يكون محلاً لها، ولا تترتب نفس الأهلية في الوكيل، حيث يكفي فيه أن يكون متمماً بالتصوير وبقواه العقلية، ولو لم تكن له صلاحية إجراء التصرف في حق نفسه. فيسوغ للشخص أن يجري باسم الغير ما لا يستطيع أن يجريه بالأصلية عن نفسه".

ثاني: المحل والسبب في عقد الوكالة بالعمولة

يشترط في المحل والسبب في عقد الوكالة بالعمولة ما يتطلب عدة في العقود الأخرى، وعليه، فإنه ينبغي أن يكون محل الالتزام على حد تعبير المشرع لمعبري موجوداً وممكناً لا مستحيلاً بحسب طبيعته أو بحكم القانون ومشروعاً - أي دالاً في دائرة التعامل - ومعيناً. وقياساً على الوكالة⁹²³ يمكن القول بأن الوكالة بالعمولة، تبطل إذا كان محلها مستحيلاً أو مبهماً، أيهما فاحشاً، أو إذا كان محلها عبارة عن أعمال مخالفة للنظام العام أو للأخلاق الحميدة أو للقوانين المدنية أو الدينية.

⁹²¹ - راجع المواد 208 و 209 و 210 من مدونة الأسرة.

⁹²² - تعرض المشرع للأهلية التجارية في المواد من 12 إلى 17 من مدونة التجارة.

⁹²³ - انظر الفصل 881 من ق.ل.ع.

كما يجب أن يكون سببه موجودا وحقيقيا لا وهميا أو كائيا ومثروعا، وذلك كله تحت طائلة الجزاء الذي قرره المشرع للإخلال بالشروط الواجبة في أي ركن من أركان العقد.

الفقرة الثالثة : الآثار القانونية لعقد الوكالة بالعمولة

تترتب على عقد الوكالة بالعمولة آثار قانونية مهمة رتبها المشرع ولا من زبوية لالتزامات التي تقع على عاتق طرفيها معا الموكل والوكيل، إلى جانب بعض الصفات المرتبطة بتنفيذ الوكالة بالعمولة وفق ما سيتم بيانه في لوائه، وثانيا من رابطة العلاقات المشددة فيها، والتي يحضر فيها الغير كعنصر ثالث له بداهة صلة مباشرة بالوكيل بالعمولة، إلا أن مدى علاقته بالموكل بعد محل تساؤل عن أسسها القانوني.

أولا : آثار عقد الوكالة بالعمولة في علاقة الوكيل بالموكل

إن ما بعد حقوقا للوكيل بالعمولة يعتبر في المقابل ولجانب يتحملها الموكل، لذا سنتعرض لحقوق الوكيل بالعمولة والصفات التي من شأنها أن تكفل استيعابه لحقوقه، ثم نخرج بعدئذ على التزاماته⁹²⁴ وذلك تباعا كالآتي:

1- حقوق الوكيل بالعمولة

يمكن أن نستشف هذه الحقوق من مضمون المادتين 423 و 424 من مونة التجارة، حيث ورد في الأولى⁹²⁵ أنه:

"يكتسب الوكيل بالعمولة الحقوق الناتجة عن العقد..."

وجاء في الثانية أنه:

"يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة بمجرد إبرام العقد مع الغير،

924- ونص إ. ت. ت. هذا النهج تماشي حتى مع أسلوب المشرع على مستوى التوبيخ.

925- وبالضبط في مطلع الفقرة 1 منها

نطبق عند عدم إبرام العقد مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 819 من
النهيير الشريفة المتعلقة بالائتمانات والعقود.

وبالعودة إلى هذا النص الذي تحيل عليه المدونة والذي لمستحسن
سوقه كاملاً بجهة بقضي بما يلي:

"لاحق للوكيل في الأجر المتفق عليه؛

ولا؛ إذا كانت الصفقة أو العملية التي كلف بها قد أجزت قبل أن يشرع
في تنفيذها.

ثانياً؛ إذا لم تقع الصفقة أو العملية التي أعطيت للوكالة من أجلها مع
عدم الإخلال في هذه الحالة بما يقضي به عرف التجارة أو العرف
المحلي.

ومع ذلك، فللقاضي سلطة لتقدير ما إذا كان يجب وفقاً لطروف الحال
منح الوكيل تعويضاً، لا سيما إذا لم تعقد الصفقة لسبب شخصي يتعلق
بالموكل أو بسبب القوة القاهرة".

وعلى ضوء ما تقدم، يمكن القول إن من أبرز حقوق الوكيل
بالعمولة ما يلي:

1- حق الوكيل بالعمولة في الأجرة

إن الوكالة بالعمولة كمقد تجاري تتطلب بالضرورة أن تكون
بموضوع متفق عليه بين الموكل والوكيل بالعمولة⁹²⁶ عبر عنه للمشرع
المعبري في معرض تعريفه للوكالة بالعمولة⁹²⁷ بالأجرة وبالعمولة عند

926- إذا كان لأصل في الوكالة أنها بلا أجر، ما لم يتفق على غير ذلك، فإن
مجلسها لا يفرس في الأحوال الأتية- للمصوص عليها في الفصل 888 من
قانون الأتزماد والعقود.

ولا؛ إذا كلف الوكيل بإجراء عمل داخل في حرقته أو مهنته.
ثقب بين التجار فيما يتعلق بالمعاملات التجارية.

ثالثاً؛ إذا نصي لعرف بإعطاء أجر عن القيام بالأعمال التي هي محل الوكالة.
927- في الفقرة 1 من المادة 424 من مدونة التجارة.

الامتياز⁹²⁸ وأطلقت عليه تشريعات أخرى العمولة أو
حديثة عن
الأجرة⁹²⁹

وعلى كل حال، فإن الوكالة بالعمولة تلقى على علق الموكل
القرينة اسمياً بدفع الأجرة المتفق عليها للوكيل بالعمولة، لو تلك التي
يجري بها عرف المكان الذي نفذت فيه الوكالة بالعمولة، لو التي
تقتضيها ظروف الحال، إذا لم يكن قد تم تعيينها.

ومبدئياً تتحدد أجرة العمولة بالاتفاق فيما بين الطرفين في صلب
العقد، أو على ضوء العرف التجاري⁹³⁰ حيث تكون عبارة عن مبلغ
محدد لكل صفقة أو نسبة مئوية معينة من قيمتها كما جرت العادة على
ذلك.

وفي هذا السياق، جاء في بعض الدراسات⁹³¹ أن "العمولة تتحدد
بنسبة معينة من القيمة الإجمالية للنصفية محل لوكالة بالعمولة التي
تشمل فضلاً عن ثمن البضاعة موضوع العقد، مصروفات تنفيذه كأجرة
النقل والرسوم الجمركية وقسط التأمين وغيرها من المصروفات، اللهم
إذا وجد اتفاق بخلاف ذلك" أما المشرع المغربي، فلم يتطرق إلى
المسألة على تلك النحو، لا في مدونة التجارة ولا في قانون الالتزامات
والعقود.

928- وذلك في الفقرة 3 من المادة 425 من نفس المدونة، التي جاء فيها أنه.

"وتشمل الامتياز عبارة على أصل لبيع، الفوائد والمصروفات"

929- نجد مثلاً أن المشرع المصري استعمل المصطلحين معاً "الأجرة والعمولة
وهو يستند تعريفه للوكالة بالعمولة في المادة 81 من قانونه التجاري التي سبقت

الإيماءة إليها في حيز آخر من هذه الدراسة.

930- انظر الفصل 916 من قانون الالتزامات والعقود

931- منها على سبيل الذكر فحسب:

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 55.

- علي جمال الدين عويضة، مرجع سابق، ص 143.

والجدير بالذكر، أن الأجرة تستحق في تشريعنا⁹³² بمجرد إبرام العقد مع الغير، حيث يتعين على الموكل أن يدفعها إلى الوكيل بالعمولة ولو لم يتم الغير بتنفيذ العقد، شريطة ألا يعرَى السبب في ذلك إلى خطأ الوكيل بالعمولة، وإلا كان مسؤولاً ويتحمل من ثم تبعه تصرفه⁹³³.

ثم إن الصفقة قد لا تتم⁹³⁴ وبالتالي لا يستحق الوكيل بالعمولة الأجرة متى كان عدم إبرام العقد أو عدم تنفيذه لسبب شخصي يتعلق بالموكل، أو لحدوث قوة قاهرة، غير أنه قد يستحق في المقابل تعويضاً تحكم به المحكمة مع مراعاة ظروف الحال⁹³⁵.

هذا باختصار عن المقتضى الذي يطبق فيما لو كان الوكيل بالعمولة غير ضامن، أما إذا ضمن الوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين يعاقد معهم، فإنه يسأل على وجه التضامن معهم عن تنفيذ التزاماتهم⁹³⁶ وفي هذه الحالة لا يستحق الأجرة إلا إذا قام بتنفيذ العقد لدي أوكل إليه بجاره⁹³⁷ وذلك عملاً بموجب "شرط الضمان".

932- ونص على وجه التحديد مدونة التجارة في الفقرة الأولى من المادة 424 منها.

933- في نفس النص، جاء في الباب المتعلق "بالوكالة بوجه عام" وبالضبط في الفقرتين 1 و 2 من الفصل 914 من قانون الالتزامات والعقود أنه: "على الموكل:

أ- ... أن يدفع لغيره عند ما يكون مسجهاً لها كالت نتيجة المعاملة ما لم يكن هناك فعل أو خطأ يعرَى إليه

ثانياً ... وهو لا يسأل عن الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل، ولا عن الخسائر التي تلحقه نتيجة فعله أو خطئه أو من أجل أسباب أخرى بعيدة عن الوكالة".

934- تنص الفقرة 2 من المادة 424 من مدونة التجارة بأنه: "تطبق عند عدم إبرام العقد مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل 915 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود".

935- حسبما تنص عليه الفقرة 3 من الفصل 915 من قانون الالتزامات والعقود.

936- ذلك ما تنص عليه سراحة الفقرة 1 من المادة 430 من مدونة التجارة بقولها:

فكثيراً ما يشترط في عقد الوكالة بالعمولة أن يكون الوكيل صامداً لتنفيذ الحيز المتعاقد معه لالتزاماته لقاء عموله خاصة⁹³⁸ وقد يستفاد من الشرط من العادات التجارية المسائدة في محل إبرام العقد، أو من اتفاق الأطراف، وقد يتقرر بموجب نص في القانون، وفي هذه الحالة، يسمى الوكيل بـ "الوكيل بالعمولة الصامد".

ويفتح عن "شرط الصمان" التزام الوكيل بالعمولة بضمان تنفيذ الحيز المتعاقد معه لالتزامه تنفيذاً كاملاً في الميعاد المحدد، ولا يقتصر أثر هذا الشرط على ضمان بصر الغير، بل يشمل أيضاً ضمان عدم التنفيذ ولو كان راجعاً إلى قوة قاهرة أو حادث فحائي⁹³⁹.

ب- حق الوكيل بالعمولة في استرداد المصاريف

في سبيل تنفيذ مهمته - التي تتطلب إنجاز الحيز من الأعمال المانية إلى جانب التصرف القانوني - قد يضطر الوكيل بالعمولة لوكالة إلى تسبيق قدر من ماله الخاص⁹⁴⁰ وبمقتضى مصاريف⁹⁴¹ في حدود ما

"إذا ضمن الوكيل بالعمولة لوفاء بما يترتب على الأشخاص الذين تعاقد معهم وجب عليه ضمان على وجه الاتصال معهم لتنفيذ ما لزمهم".

لما الفقرة 2 منها فررد فيها ما يلي:

"غير أنه يحجر الاتفاق على تحديد آثار هذا الضمان"

937- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 56.

938- في نسبة حصوله تكون مرتفعة تبعاً لشرط الصمان ويطلق عليها عمولة الصمان التي يتم تحديدها بـ باتفاق الطرفين أو وفقاً للعرف أو من طرف المحكمة.

939- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 55.

940- بل إنه يجب على الموكّل - حسب ما يعيد به الفصل 9.3 من نص القانون المشار إليه في الهمش السابق - أن يمدّ الوكيل بالعقود وغيرها مما يلزم لتنفيذ الوكالة، ما لم يقض العرف أو الاتفاق بخلافه.

941- كمصاريف الإبداع والتخزين والنقل والرسوم الجبركية ونحو ذلك انظر في هذا الصدد:

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 56

كان لازم لتحقيق هذا الغرض، وفي هذه الحالة يحق له ⁹⁴³ الاستدعاء من الموكل بصرف النظر عن نتيجة العملية التي توسط فيها ⁹⁴⁴ أي حتى ولو لم ينفذ العقد.

2- ضمانات استيفاء الوكيل بالعمولة لحقوقه

من المعلوم، أن أموال المدين تشكل ضمانا عاما دائنيه بحيث يورع ثمنها عليهم بنسبة دين كل واحد منهم، ما لم توجد بينهم لأسباب قانونية للأولوية، تتجسد في تشريعا في الامتياز والرهون وحقوق الحبس ⁹⁴³ إلى جانب تضامن الموكليين.

ومن هذا المنطلق، يمكن القول بالنسبة لموضوعنا، أنه معي من المشرع المغربي إلى تأمين استيفاء الوكيل بالعمولة ⁹⁴⁴ لأخرته وسائر المستحقات الأخرى المتعلقة بالعمليات المنجزة مع الموكل في إطار عقد الوكالة بالعمولة، فله صل على منحه ضمانات لمستأجرها من خلال قراعت لمجموعة من المقصصات الواردة بين دفتي قانون الالتزامات والعقود وسنولة للتجارة، تتمثل في حق الامتياز وحق الحبس.

1- تمتع الوكيل بالعمولة بحق الامتياز

يعتبر الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لمسب الدين، وهو يقدم على كافة الديون الأخرى ولو كانت مضمونة برهون رسمية، غير أن الأفضلية بين الدائنين للممتازين تتحدد على

⁹⁴³- أنظر الفقرة 1 من الفصل 914 من قانون الالتزامات والعقود.

⁹⁴⁴- أنظر الفصلان 1241 و1242 من قانون الالتزامات والعقود.

⁹⁴⁵- صلا له إذا تعدد الوكلاء بالعمولة، فإلهم يكونوا متصامنين فيما بينهم تجاه الموكل، صلا بقاعدة القراض النصيب بين المدينين في عمدة التجارية.

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 54.

لنفس الأنواع المختلفة للاعتيازات⁹⁴⁵ والتي تكون إما اعتيازات على المنقولات عامة أو خاصة، وإما اعتيازات على تغارات خاصة.

وبدخل الامتياز المتعلق بالتوكفة -المصونة في عدد الامتيازات الخاصة الواردة على بعض المنقولات والتي تتركها لمتصرف لولا في اعتبار قانون الالتزامات والعقود⁹⁴⁶ فتتألف:

المبالغ المسحقة للوكيل بالمصونة بها امتياز على قيمة تصنع معرفة في الحدود المقررة في الفصل 919⁹⁴⁷ وثانياً في صوة تخرقة، وتك في المائتين 425 و426 منها، فلتين يستف من فضاء من فوكيل بالصولة يتمتع بحق امتياز على قيمة المنقولات، وتحتب مع ما جاء على سبل المشرع المغربي⁹⁴⁸ على "قيمة التصنع" الموجودة في

945- انظر الفصل 1244 من قانون الالتزامات والعقود

946- في البند 5 من الفصل 1250 المعدل والمتمم على التوالي بظهير 20 سوبر 1936 وظهير 18 جشير 1947.

947- ينص الفصل المعدل عليه على أنه:

"للكيل حق حبس لمتعة الموكل الصولة أو بصنعه التي أُرست إليه من أجل استيفاء ما يستحق له على الموكل وفقاً للفصل 914".

وبعد هذا الأخير بما يلي:

"على الموكل:

أولاً: أن يدفع للوكيل ما اضطر إلى تسيقه من مله وإلى إقداره من المصروفات من أجل تلبية الوكالة في حدود ما كلى لازماً لهذا العرض، وأن يدفع له أجره عندما يكون مستحقاً لها كانت نتيجة المعاملة، ما لم يكن مله من أو خطأ يبرى إليه.

ثانياً: تخليص الوكيل من الالتزامات التي اضطر إلى التمسك عليها نتيجة تفتته لمهمة أو بمسئبتها وهو لا يسأل عن الالتزامات التي يتحمل بها الوكيل، ولا عن الخسائر التي تلحقه نتيجة منه أو خطئه، أو من أجل سبل أخرى بعنة عن للوكلة".

948- في مطلع الفترة 1 من المادة 425 التي جاء فيها:

"للكيل بالصولة، سواء كان مشتراها أو بتماء، حق الامتياز على قيمة التصنع المرسله له أو المودعة أو المؤسسة لديه بمجرد عملية الإرسال أو الإيداع أو رضعها لمتعة...".

حيازته فعلا أو حكما - بأن كفت تحت تصرفه بالجمارك أو بصد
عمومي أو بمحاربه، أو لا كان مباشرة نقلها بوسائله الخاصة،
تسلم قبل وصولها إليه سند شحنها أو أي سند آخر من سندات تلك
المعاملة، أو إذا احتفظ بعد أن أرسلها بسند شحنها أو أي سند آخر من
سندات النقل للمعاملة⁹⁴⁹ ولو لم تكن مصدر الدين⁹⁵⁰ وذلك حتى يتمكن
الوكيل بالعمولة من استيفاء جميع القروض أو التسيقات أو الأرباح
التي قطعها سواء قبل تسلمه للبضائع أو طيلة مدة تواجدها في
حيازته⁹⁵¹.

ومما تجدر ملاحظته، أن هذا الامتياز الذي هو مقرر بدور
القانون، والذي جطه المشرع ضمنا لتلك المستحقات⁹⁵² المتعلقة بجميع
العمليات المسجدة مع الموكل⁹⁵³ وشاملا بالإصدار إلى أصل المبلغ
القروض وكذلك للعمليات والمصاريف⁹⁵⁴ إنما يرتبط في هذا الجانب منه
بالحالة التي تكون فيها تلك المنقولات أو "البضائع" في حيازة الوكيل
بالعمولة. أما إذا كانت قد بيعت، فإن الامتياز الذي يكون له عندئذ
يتجدد في حقه في أن يقطع من ثمن بيعها قيمة دينه بالأسبقية على
بقي باقي الموكل⁹⁵⁵.

949- أنظر بشأن ذلك الفقرة 2 من المادة 426 من مدونة التجارة.

950- سمها لكنه المشرع في الفقرة 1 من نص المادة المذكورة في الهامش السابق
قلا.

"ينبغي للوكيل بالعمولة امتياز على البضائع الموجودة في حيازته ولو لم تكن هذه
البضائع مصدر الدين".

951- وهو ما تم التخصيص عليه في الفقرة 1 من المادة 425 من مدونة التجارة.

952- أي القروض والتسيقات والأدوات التي تم دفعها من لدن الوكيل بالعمولة.

953- على أنه لا يميز في هذا الصدد بين ما إذا كانت مرتبطة بالبضائع التي لا
تزال في حيازة صاحبه أو التي سبق إرسالها أو إيداعها أو وضعها أمانة، طبقا لما
ذكر المشرع في الفقرة 2 من المادة 425.

954- عملا بمقتضى الفقرة 3 من نص المادة عموما إليها في الهامش السابق.

955- الشيء الذي تنبئ به الفقرة الأخيرة من نص المادة المشرع إليها أعلاه.

وإذا ساء الوكيل بالعمولة عنه وكبلا آخر من أجل إنجاز المهمة التي كلفه بها الموكل، فإنه لا يجوز لهذا الأخير أن يتمسك بالاستيغناء المخصوص عليه في المادتين 425 و426 المشار إليهما سابقاً، إلا في حدود المبالغ التي قد يستحقها من الموكل الأول.⁹⁵⁶

ب- تمتع الوكيل بالعمولة بحق الحبس

رفعنا لأي الشك، أنبأنا من الضروري إثارة الانتباه إلى أنه يجب عدم الخلط بين الحبس، الذي يقصد به "الأحوال التي أوقعها المحبس للمسلم، ويكون التمتع بها لعائدة أنواع المستفيدين الذين يحبسهم المحبس" والذي يعد حقاً عيباً لصدياً إلى جانب الحقوق العينية الأصلية الأخرى التي تنالها المشرع في المادة السابعة من المدونة الجديدة المتعلقة بالحقوق العينية الصادرة بتاريخ 22 نونبر 2011⁹⁵⁷ وينطبق عليه الأحكام الواردة في مدونة لأوقاف⁹⁵⁸ وهذا لا علاقة له بموضوعنا وبين حق الحبس الذي يعنيه، ويراد به⁹⁵⁹ "حق حيازة الشيء، المملوك للمدين وعدم تخلي عنه إلا بعد وفاء ما هو مستحق للدائن والذي لا يمكن مياثرته إلا في الأحوال الخاصة التي يقررها القانون".

وبالتالي، فإنه لا بد أن يكون سوى وسيلة لصنع تنفيذ الالتزامات، نظمها المشرع للمعربي⁹⁶⁰ في إطار قانون الالتزامات والعقود هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن من أبرز الخصائص المميزة لهذا الحق كونه يرتبط بالحيزرة، بحيث يقضي نتيجة لفقدانها.

956- عملاً بالفقرة 2 من المادة 427 من مدونة لتجارة.

957- كان الظهير الشريف الصادر في 2 يونيو 1915 بتحديد التشريع المطبق على

المطارات المحظرة- قبل نسخه تطبيقاً للمادة 333 من الظهير الشريف رقم

78.1.1 الصادر بتاريخ 22 نونبر 2011 بتقيد القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة

الحقوق العينية- يعالجه في الفصول من 73 إلى 75 منه.

958- كما نورد به المادة 130 من مدونة الحقوق العينية.

959- نعالماً ورد في الفصل 291 من قانون لالتزامات والعقود.

960- إلى جانب العربون الذي خصص له الفصول من 288 إلى 290.

وعلى هذا الأساس، يحق للوكيل بالعمولة أن يحبس له الموكل المنقولة لو بصالحه التي أرسلت إليه، قصد ضمان استيفاء هو مستحق له في ذمة هذا الأخير، وهو أمر يرتفع بطبيعة الحال بوجود تلك المنولات في حيرته، أما إذا خرجت منها وانتقلت إلى الموكل، فإنه لا يكون هناك محل لإعمال حق الحبس، ذلك الحق الذي يذهب بعض الدراسات⁹⁶¹ إلى أنه أوسع نطاقاً مما هو مقرر في القواعد العامة، وأية ذلك أنه إذا كانت هذه الأخيرة تشترط قيام ارتباط بين الشيء المحبوس والمبالغ المستحقة للحبس، فإن هذا الارتباط غير لازم لاستعمال حق الحبس المحول للوكيل بالعمولة، إذ يصح له حبس أية بمائع تخص الموكل صمفاً لاستحصال المستحقات التي له عليه.

ج- تضامن الموكلين

استلذا إلى المادة 335 من مدونة التجارة التي تنص على أنه: "يفترض للتضامن في الائتمات التجارية" التي تكرر أهم دعامة في المعاملات التجارية لا وهي الائتمان، فإنه يمكن اعتبار تضامن الموكلين ضماناً للوكيل بالعمولة، إذ أنه إذا اشترك عدة موكلين في تكليف وكيل بالعمولة بعمل واحد فإنهم يمسألون على وجه التضامن تجاهه في الوفاء بحقوقه.

⁹⁶¹ راجع بهذا الخصوص:

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 57.

- علي جمال الدين صوم، مرجع سابق، ص 144 و ص 145.

3- التزامات الوكيل بالعمولة

تنشأ عن عقد الوكالة التزامات يتحملها الوكيل بالعمولة ، تحكمها القواعد العامة في الوكالة المنصوص عليها في قانون الممارة ، العقود مع مراعاة القواعد الخاصة الواردة في مدونة التجارة لاسيما في القسم الرابع من الكتاب الرابع منها

وهي التزامات يمكن أن نتناولها في بظرف ، لا من حيث كونها تتصل بمبدأ حسن النية الذي يفرض أن يكون مناط وروح سائر التصرفات والمعاملات أي كانت أطرافها وكيفما كانت طبيعتها ، وثاني من حيث كونها واجبات تنبثق بالخصوص عن الوكالة بالعمولة ، وبذلك على النحو التالي :

أ- الالتزامات المنبثقة عن مبدأ حسن النية في التعامل عموما

يتصدر التزامات الوكيل بالعمولة على هذا المستوى ، عدم تجاوز الصلاحيات المرسومة له بموجب الاتفاق أو عرف المهنة ، وكذا عدم التقصير في بذل العناية المطلوبة لتنفيذ العملية المنوطة به .

فمن ناحية ، رغم أن الوكيل بالعمولة يجري التصرف القانوني باسمه الخاص ، إلا أن هذا لا يعني الاستقلال التام عن الموكل ، وإنما يتعين عليه أن ينفذ بالضبط المهمة التي كلف بها دون أي تجاوز ، وذلك وفقا للتعليمات الصادرة إليه من الموكل ، والتي قد تكون إلزامية محددة بالتفصيل ، بحيث لا يجوز له أصلا أن يخالفها⁹⁶² تحت طائلة تحميله تبعة إخلاله بها ، أو إرشادية أو بيانية يبقى معها متمتعا بحرية تقدير

962- ومع ذلك ، تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود على أنه :

"إذا توفرت للوكيل أسباب خطيرة تدفعه إلى مخالفة التعليمات التي تلقاها أو إلى مخالفة ما جرى عليه العرف ، وجب أن يبادر بإخطار الموكل بها في أقرب فرصة ، وعليه أن ينتظر تعليماته ، ما لم يكن في الانتظار خطرا ."

الأمور ^{٥٦٣} بل وحتى إذا لم يتلق أية تعليمات خاصة، فإن ^{٥٦٤} القواعد يعترض فيه أي يتصرف وفقاً لمصلحة الموكل.

وسا كانت شخصيته محل اعتبار في التعاقد، فبأنه يجب على
القيام بالعملة الموكولة إليه بنفسه لا أن يبيع عنه وكبلا
بالعملة⁶⁶⁵ ما لم يخول صراحة هذه الصلاحية بموجب العقد
المعروف، أو اضطرره الظروف إلى اللجوء إلى مثل هذه النيابة⁶⁶⁶.

وعلى العموم، يتعين على نائب الوكيل بالعمولة أن يلتزم بمبادئ تجاه الموكل، هي نفس الحدود التي يلتزم فيها الوكيل بالعمولة من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإنه لا يصح له أن يتعسف بحق المبدأ

963- للمريد من الإصحاح في هذا الصدد نظر:

- علي جمال الدين عوض، مرجع سابق، ص 136.

966 وللجيرة، وفي المخرج يوصى في الفصل 927 - بالنسبة للوكالة العديدة له؛

٣١ يلتزم الموكل بما يجره الوكيل حرج حنو، وكافته، لو متجاوزا لياها، إلا في الحالات الآتية.

لولا - بخاف، وبو دلالة.

بِقَوْلِهِمْ لَا إِلَهَ إِلَّا هُوَ

ثالثاً: إذا أرم الوكيل التصرف بشروط الفصل مما تضمنه تعليمات الموكل.

وما دام الفرق سيرا أو كان مع التسامح به في التجارة أو في مكان إبرام العقد.

965- خصوصاً وأنه يمثل خمس يوكل تحت يد، كما يعهد بذلك مستهل الفصل 901 من قانون الانتخابات والحق.

لكن، إذا رخص في أن يبوب عنه شخصا آخر ولم يعين هذا الأخير، فإنه لا يكون مسؤولا إلا إذا اختار من لا تتوفر فيه الصفات اللازمة لإنجاز الوكالة، أو أخص الاختيار، غير أنه أعطى أمر يبوب عنه تعليمات كانت سببا في حدوث الضرر، أو لم يرثه في الوقت الذي كانت مراقبته ضرورية، حسبما ينص عليه الفصل المذكور أعلاه.

96- عملاً بمقتضى الفصل 900 من نص القانون المشار إليه في الهامش السابق

96- عملاً بمقتضى الفصل 902 من نفس القانون.

للمصو من عليه في المادتين 425، 426 من مدونة التجارة، إلا في حالة المبالغ التي يستحقها من الموكل الأصلي⁹⁶⁸.

وبخلاصة ما ذكر، أن عقد الوكالة بالعمولة يقتضي تنفيذ التصرف من لدن الوكيل بالعمولة شخصيا، تحت طائلة مساطنة عن كل ضرر أو خسارة تلحق للموكل فيما لو أخل بهذا الالتزام، إلا في الحالات التي أوردتها المشرع في المادة 427 من مدونة التجارة، والتي تجبر الوكيل بالعمولة، سقدا إلى ما تم الاتفاق عليه في العقد أو إلى العرف، أو إلى ظروف العينة، أن ينيب عنه الغير في ذلك.

ومن ناحية ثانية، ينبغي على كون الوكالة بالعمولة مأجورة ضرورة حرص الوكيل بالعمولة على بذل عناية الرجل المبصر حتى الصمير في تنفيذها، بحيث يسأل تجاه الموكل عن الضرر الذي يلحق به من جراء إلتفاتها⁹⁶⁹.

ويتعير آخر، فإن "أصل في التزام الوكيل، أنه التزام بذل عناية، ومن ثم وجب عليه أن يسعى دوما في تنفيذ مهمته، إلى بذل عناية للرجل المعتاد، مع مراعاة ما إذا كان يحترف الوكالة بالعمولة حيث تكون العينة اللازمة عندئذ هي عينة الوكيل بالعمولة المحترف الذي من ضمن ما يفترض فيه العلم به، ظروف السوق، والتحقق من حالة البضاعة، ومن يمر الشخص الذي يتعاقد معه"⁹⁷⁰.

وعلى الوكيل بالعمولة إحصاء أن يحافظ على الأشياء والبضائع التي تسلمها لحساب الموكل، ويبذل في صيانتها عناية الرجل الحريص

968- طبقا لما ورد في الفقرة الأخيرة من المادة 427 من مدونة التجارة.
969- كما إذ لم ينفذ اختيارا ما تتطلبه الوكالة أو ما يقتضيه العرف التجاري في المعاملات، أو لم يستجب للتعليمات الصادرة إليه من موكله.
أنظر في ذلك الفقرة 1 من الفصل 903 من قانون الالتزامات والعقود.
970- أنظر في الصند:

- محمد السرد الفقي، مرجع سابق، ص 234.

وبخير موكله بكافة التعويضات التي تلحقها، وكذا على جميع من
الأخير تجاه الغير⁹⁷¹ وأن يحبره بالظروف المحيطة بالمعقولة التي
بها، ويؤلفه بجميع المعلومات التي يهيم العلم بها⁹⁷² وأن يقدم له كل
التفاصيل التي يتبين من حالتها وعلى نحو مصدق، الطريقة التي
أجرت بها تلك المهمة⁹⁷³ التي متى أتمها لزمه تقديم حساب مفصل عن
كل ما أنفقه وما قبضه مؤيدا بالأدلة التي يقضي بها العرف أو طبيعة
التعامل، ودفع كل ما تسلمه نتيجة الوكالة بالعمولة أو بمداينته⁹⁷⁴

971- يقرب من هذا المعنى في صومعه، ما ذكره المشرع في الفصل 905 من
قانون الالتزامات والعقود.

كما نصت الأنباء التي تسلمها الوكيل لحساب الموكل أو ظهرت عليها بول
الموار على نحو يمكن معه التعرف عليها من شكلها الخارجي، وجب على الوكيل
إجراء ما يلزم للمحافظة على حقوق الموكل في مواجهة المكارى (صاحب النقل)
أو غيره من المسؤولين.

وإذا كان في التأخير خطر، أو إذا حدث التعيب على نحو لا يقطع الوكيل معه
الانتظار وينتزع إلى الموكل، فإنه يجوز للوكيل، إن يجب عليه عندما تقتضيه
مصلحة الموكل، أن يبيع على بيع الأشياء بواسطة السلطة القضائية بعد إنبات
حالتها، وعليه أن يحظر غورا للموكل بكل ما يكون قد أجراه.

972- من ذلك مثلا ما ينص عليه الفصل 906 من نفس القانون
"على الوكيل أن يعلم لموكل بكل الظروف التي قد يكون من شأنها أن تحمله على
إلغاء الوكالة أو تعديلها"

973- استعينا هذه الفكرة من جزء من الفصل 907 منه، حيث جاء فيه أنه:
"على الوكيل بمجرد إنهاء مهمته، أن يخطر بإخطار الموكل بها مع إيضاح كل
التفاصيل اللازمة التي تمكن هذا الأخير من أن يتبين على نحو مصدق الطريقة
التي أجبر بها الوكيل تلك المهمة.

وقد تسلم الموكل الإخطار ثم تلحق في الرد أكثر مما تقتضيه طبيعة القضية أو
العرف، اعتبر أنه لم يضر ما فعله الوكيل، ولو كان هذا الأخير قد تجاوز حدود
وكالته."

974- لقد تم ذكر الالتزام بتقديم الحساب في الفصل 908 من قانون الالتزامات
والعقود، الذي يبيّن بأنه:

الوسيط في العقد الخاص، العقد المدني والتجاري والبنكي

ب- الالتزامات الناشئة عن عقد الوكالة بالعمولة خاصة

تثور في إطار عقد الوكالة بالعمولة مسألة مدى أحقية الوكيل بالعمولة في أن يتصب نفسه طرفا ثانيا في المهمة التي كلف بها، وقد مدى حقه في الاحتفاظ بسمية اسم الغير الذي تعاقد معه

والملاحظ، من مدونة التجارة قد حسمت في الأمرين معا جاعلة من بين التزامات الوكيل بالعمولة عدم انضمامه إلى العملية المنوطة به كطرف ثالث فيها، فضلا عن ضرورة الإفصاح لموكله عن أسماء الأغير الذين تعاقد معهم.

بالإلزام الأول - الذي يتمحور حول عدم جواز تصيب الوكيل بالعمولة نفسه طرفا ثانيا في العملية التي أوكل إليه من تعييدها⁹⁷⁵ ما لم يرحص به بذلك من قبل للموكل⁹⁷⁶ تفاديا لنشوء تعارض بين مصلحة الأول والثاني - يجد أساسه في المادة 428 من مدونة التجارة التي جاء فيها بصريح العبارة أنه:

"لا يمكن للوكيل بالعمولة أن يجعل نفسه طرفا ثانيا في العملية إلا بالإذن الصريح للموكل"⁹⁷⁷

"على الوكيل أن عدم لموكله حسابات عن أداء مهمته، وأن يقدم حساب تصديقي عن كل ما أنفقه وما قبضه مؤيدا بالأدلة التي يقصدها الحرف أو طبيعة التعامل، وأن يؤدي له كل ما تسلمه نتيجة الوكالة أو تسليماتها".

975- كل بشري لنفسه ما عهد إليه غيره، لو بيع بصاعة لمن أناط به أمر شرافها.

976- ولا فإن الحد يكون هنا باطلا بطلانا نسبيا لمصلحة الموكل، ولا يصح إلا بهما.

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 52.

977- غير أنه يستثنى من هذا المنع، ما يجزه الحرف التجاري، إذ جرى على قبول تعقد الوكيل بالعمولة مع نفسه لصالح موكلين اثنين، سيما أوردته بعض الدراسات في الموضوع:

- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 235.

- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 52.

لما الالتزام الثاني، فينتقل بضرورة كشف الوكيل بالعمولة عن اسم المتعاقد الآخر معه للموكل. وهكذا، يمكن القول، إنه إذا كانت مصلحة الموكل تقتضي من الوكيل بالعمولة ألا يصح للغير المتعاقد معه عن اسم موكله حفاظاً على سرية العملية، بل وضمناً لجانبها، فإنه يلزمه في المقابل أن يكشف لهذا الأخير عن أسماء الأعيان الذين تعاقد معهم عملاً بمطابق للقرة الأولى من المادة 429 من مسودة التجارة التي تنص على أن:

"الوكيل بالعمولة ملزم بالكشف لموكله عن أسماء الأعيان الذين تعاقد معهم".

وكما يستشف مما سبق ذكر، أن الالتزامات التي يتحملها الوكيل بالعمولة، هي في نفس الوقت حقوق للموكل، تعززها مجموعة من الضمانات منها: تضامن الوكلاء بالعمولة، إذ يحق للموكل الرجوع على أي واحد من هؤلاء وطبعاً الأكثرهم ملاءة؛ وصمان التنفيذ، حيث إن الأصل في عقد الوكالة بالعمولة أن مهمة الوكيل بالعمولة تقتصر عادة في القيام بالنصرف المكلف به دون أن يلتزم بصمان تنفيذ العبر لالتزاماته الناشئة عن العقد، لكن أحكاماً وإفقوية ضمانات الموكل يمكن إخراج شرط الصمان في عقد الوكالة بالعمولة الشيء الذي يمكن الموكل من الرجوع على الوكيل بالعمولة أو للغير؛ إلى جانب المطالبة باسترداد البضاعة في حالة التسوية أو للتصفية الفصائية للوكيل بالعمولة شريطة⁹⁷⁸ ألا يكون قد تم تسليمها لهذا الأخير.

⁹⁷⁸ وهذا الشرط لازم لتحقيق الصمان، لأنه إذا تم الإعلان عن التسوية أو التصفية الفصائية للوكيل بالعمولة ويصانع الموكل موجودة في حيازة الوكيل بالعمولة، فإنه يشاء تعرض بين مصلحة الموكل في الاسترداد ومصلحة جماعة الدائنين التي تستعني بحل الإصانع ضمن أصول الوكيل بالعمولة.

ثانياً ، آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الغير

رأينا فيما تقدم ، أن الوكالة بالعمولة عقد يلتزم بموجبه الوكيل بالقيام باسمه الخاص بتصرف قانوني لحساب موكله .
ويتضح من خلال معطيات هذا النص أن العقد المذكور يجمع بين ثلاثة أشخاص هم الموكل - كطرف أول - الذي يعهد إلى الوكيل - كطرف ثلثي بالتعاقد باسمه الخاص مع الغير - كطرف ثالث - لحسابه هو ، أي لحساب الموكل .
وهكذا ، يبدو كما بصدد عقدين وليس أمام عقد واحد ، عقد الوكالة بالعمولة ، ثم العقد الذي يبرمه الوكيل بالعمولة مع الغير⁹⁷⁹ .

وإذ كان من بديهيات الأمور القول بوجود علاقة مباشرة بين الموكل والوكيل بالعمولة تنظمها - كما هو معلوم - المقتضيات المتعلقة بالوكالة الواردة في قانون الالتزامات والعقود ، ناهيك عن القواعد الخاصة بها التي يحصلها منوبة التجارة - وفق ما سبق بيانه - وعلاقة أخرى بين الوكيل بالعمولة والغير للعقد معه ، بحكمها العقد الناشئ بينهما⁹⁸⁰ فإن التساؤل يطرح حول مدى وجود علاقة ما تربط هذا الأخير بالموكل ؟

979- أنظر في هذا الشأن :

- مصطفى كمال طه ، مرجع سابق ، ص 60

- علي جمال الدين عوض ، مرجع سابق ، ص 248 .

980- مصطفى كمال طه ، مرجع سابق ، نفس الصفحة المذكورة في الهامش

السابق .

- علي جمال الدين عوض ، مرجع سابق ، ص 149 .

1- آثار عقد الوكالة بالعمولة بين الوكيل بالعمولة والغير

يمكن الاستدلال على علاقة الوكيل بالعمولة بالغير المتعاقد معه بكل من الفصل 920 من قانون الالتزامات والعقود، الذي ينص على أنه: "إذا أبرم الوكيل العقد باسمه الشخصي، كسب الحقوق الناشئة عنه وظل ملتزما مباشرة تجاه من تعاقد معهم، كما لو كانت الصفة بحسابه، ولو كان هؤلاء قد ظموا بأنه معبرا عنه، أو له وكيل بالعمولة".⁹⁸¹ والمادة 423 من مدونة التجارة التي تنص بأنه: "يكتسب الوكيل بالعمولة الحقوق الناتجة عن العقد، ويظل ملزما شخصيا نحو الأشخاص الذين تعاقد معهم. ويمكن للأعيان أن يحتجوا في مواجهته بجميع الدفوع الناتجة عن علاقاتهم الشخصية".

ويستدل من ذلك، أن سائر الحقوق والالتزامات المترتبة عن العقد تنصرف مباشرة إلى ذمة الوكيل بالعمولة كما لو كانت الصفة لحسابه، وذلك لكونه تعاقد باسمه الخاص مع الغير⁹⁸¹ علما بأنه لا يؤثر في هذا الحكم معرفة هذا الأخير لصفة الوكيل بالعمولة، أي كونه يتعامل في الحقيقة لحساب شخص آخر، نظرا لأن العبرة في قيام صلة مباشرة بين الوكيل بالعمولة والغير وترتب آثار العقد في ذمة الأول هي بتعاقده باسمه الخاص.

⁹⁸¹ أما بخصوص الوكالة العادية، فإن المشرع ينص في الفصل 925 من قانون الالتزامات والعقود على أن:

"لنصريات التي يجريها الوكيل على وجه صحيح باسم الموكل وفي حدود وكالته تنتج آثار في حق الموكل فيما له وعليه كما لو كان هو الذي أجراها بنفسه"

2- آثار عقد الوكالة بالعمولة بين الموكل والغير

على مستوى الفقه، أثارت علاقة الموكل بالغير المتعاقد معه نقاشا يتمحور حول أساس وجودها لاسيما وأن الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الخاص في مواجهة الغير ويكون هو الملتزم شخصيا لزمه أما للموكل فيكون أجنبيا عنه

وهكذا، ذهب البعض⁹⁸² إلى القول بعدم وجود أية علاقة مباشرة بين الموكل والغير، لأن النيابة منعنة بينهما، مما لا يمكن معه لأي منهما الرجوع على الآخر بتنفيذ التزاماته، في حين يحق لهما ذلك في مواجهة الوكيل بالعمولة.

وفي اعتقاد البعض الآخر⁹⁸³ أنه يمكن تأسيس علاقة الموكل بالغير انطلاقا من فكرة النيابة الناقصة، ومزادها أنه إذا كان يصعب اعتبار الوكيل بالعمولة نقبا عن الموكل نظرا لتعاقد باسمه الخاص فإن هذا لا يسي أنه لا ينوب عنه بلعنة، وإنما هناك نيابة لكنها ناقصة تقيد بأن الوكيل بالعمولة يتعاقد لحساب موكله وأن الغير يعلم بأنه يخفي وراءه شخصا آخر، ومن ثم، فإن تعاقد الوكيل بالعمولة مع الغير يثري علاقات متعددة بين طرفي الوكالة بالعمولة والغير لكنها ذات محل واحد مما يسمح بوجود علاقة بين الموكل والغير وبمكانية رجوع كل منهما على الآخر.

هذا باختصار عن النصور لدى بعض رجال الفقه القانوني بخصوص علاقة الموكل بالغير في عقد الوكالة بالعمولة، أما بالنسبة للمشرع المغربي، فإنه خرج على الأصل الذي يفترض معه عدم وجود علاقة مباشرة بين الموكل والغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة باعتبار

982- منهم:

- علي حسن بومر، العقود التجارية، طبعة سنة 1969، ص 153 وص 154.

983- من بينهم:

- سميحة القيلوبي، مرجع سابق، ص 89.

إن هذا الأخير هو من يقوم بالتصرف القانوني باسمه الخاص، مما يجعله يكتسب الحقوق الناتجة عن العقد ويلتزم شخصياً بحر الأشخاص الذين تعاقد معهم، كما يحول هؤلاء حق الاحتجاج في مواجهته بجميع الدفوع المترتبة على علاقاتهم لشخصية الشيء الذي صرح به في المادة 423 من مدونة التجارة، فأجل الوكيل الرجوع مباشرة على الغير المتعاقد مع الوكيل بالعمولة لأن العقد أبرم لحسابه، داهيا - في الفقرة الأخيرة من المادة 429 من مدونة التجارة - إلى أنه:

"يجوز للوكيل أن يقيم مباشرة ضد الأخير جميع الدعاوى الناشئة عن العقد المبرم من طرف الوكيل بالعمولة على أن يتم استعاء هذا الأخير" بينما لم يجر للغير مثل هذه الدعوى، بدليل قوله في حتام المادة 423 من المدونة:

"وليس لهم أية دعوى مباشرة ضد الوكيل".

الفقرة الرابعة: انقضاء عقد الوكالة بالعمولة

من الملاحظ، أن المشرع لم يقول تحديد لأسباب التي من شأنها أن تؤدي إلى انقضاء عقد الوكالة بالعمولة في كيف مدونة للتجارة مما يجعل الرجوع إلى القواعد العامة المتعلقة بالوكالة المدنية المنصوص عليها في الفصول من 929 إلى 942 من قانون الالتزامات والعقود، أمراً لا محيد عنه، وذلك نزولاً عن مقتضى المادة الثانية من مدونة التجارة التي اعتبرت القانون المدني مصدراً من مصادرها بعد أعراف وعادات التجارة من حيث الترتيب - فيما لم يرد فيه نص في هذه الأخيرة، شريطة ألا تتعارض قواعده مع المبادئ الأساسية للمقولة فيها، وعملاً أيضاً بالإحالة الصريحة من المشرع على القواعد المنكورة أعلاه المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 422 من المدونة.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن الوكالة بالعمولة تنتهي إما حسب الطريق المألوف وذلك بانجاز العملية التي كلف بها الوكيل بالعمولة، أو بفوات الأجل الذي منحت لعاقبته، كما قد تنتهي لأسباب أخرى كمنعالة تنفيذها لأمر خارج عن إرادة المتعاقدين.

وبما أنها تعتبر من قبيل العقود التي تركز على الاعتبار الشخصي فإنها تنتهي بموت الموكل أو الوكيل أو حدوث تعبير في حالة أي منهما أفقد أهلية مباشرة حقه، كذلك بالنظر إلى كونها من العقود غير الثمرة، فإنه يمكن إنهاؤها بالإرادة المنفردة لأي منهما عن طريق العرض مثلاً أو القتل استناداً إلى مبررات مقبولة تحت طائلة مطالبة الطرف المهني للعقد بالتعويض فيما لو ثبت أنه تعسف في استعمال هذا الحق فأصاب الطرف الآخر بالضرر.

أولاً: انقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأسباب تتعلق بتنفيذها

مما لا شك فيه، أن تعديلاً للوكيل بالعمولة التي عهد إليه من لدن الموكل واستيفاءه، محال للقيام بهذا الأجرة وسائر المستحقات الأخرى المقررة له قانوناً، بعد الطريق الطبيعي لانقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأنه بذلك يكون قد استعذ آثاره.

كما ينقضي باستحالة تنفيذ محله بعد نشوئه لسبب لا دخل لإرادة الطرفين فيه استحالة معلقة كالقوة العمرة أو الحادث الفجائي⁹⁸⁴ أو بقوات الأجل الذي منحت الوكالة لعائته⁹⁸⁵ - ولو لم يتم العمل الذي كلف به الوكيل بالعمولة⁹⁸⁶ - أو كذلك بإقدام أحدهم على فسخه⁹⁸⁷.

984- أنظر في هذا الصدد الفصول 268 و269 من قانون الالتزامات والعقود.

985- أنظر الفصل 929 من نفس القانون.

986- في هذا المعنى، ورد في إحدى الدراسات أن الوكيل يستحق أجرته عما أنجزه من أعمال خلال فترة سريان الوكالة إذا كان قد شرع في تنفيذ هذا العمل وانقضت وكالته قبل إتمامه بانقضاء مدتها.

- سمحة الفيلوبي، مرجع سابق، ص 114.

987- كما أوضحت الفصول 942 من نفس القانون فإنه:

"إذا فسخ الموكل أو الوكيل العقد بغية، وفي وقت غير لائق ومن غير سبب معتبر صاغ الحكم لأحدهما على الآخر بالتعويض عما لحقه من ضرر، ما لم يتفق على غير ذلك.

ثانياً، انقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأسباب تخص المتعاقدين

إن الأسباب التي تقضيها من العنوان أعلاه، والتي تطرق إليها المشرع المغربي في الفصول من 931 إلى 941 من قانون الالتزامات والعقود، تتمثل في إلغاء الوكالة، والتنازل عنها، وعزل الوكيل، ثم موت الموكل أو الوكيل أو حدوث تغيير في حالة أي منهما.

وهكذا، وبإطلاق من تلك القواعد يمكن القول إن إلغاء الوكالة حق يتمتع به الموكل ويخوله إنهاءها في أي وقت شاء شريطة موافقة الوكيل أو الوكلاء في حالة تعددهم.

وهو لا يتوقف على صدور صراحة، وإنما يعتد به حتى ولو كان ضمنياً، لكن إذا تطلب القانون شكلاً خاصاً لإنشاء الوكالة وجب مراعاته أيضاً عند إلغائها، وإذا ورد كتابة أو عن طريق وسيلة من وسائل الاتصال، فإنه لا ينتج أثره إلا من وقت توصل الوكيل به، كما أنه لا يحتج به في مراجعة الغير للحصني النية الذين تعاقدا مع الوكيل قبل علمهم بحصوله، أما الموكل فيمكنه الرجوع على هذا الأخير⁹⁸⁸.

والموكل - سواء في الوكالة العادية أو الوكالة بالعمولة - الحق في عزل الوكيل ومن ثم إنهاء العقد بإرادته المنفردة في الحدود المرسومة في القانون المدني، علماً بأنه لا يجوز للموكل أن يتعسف في ممارسة هذا الحق بأن يعزل الوكيل مثلاً في وقت غير مناسب أو بدون

والقاضي هو الذي يحدد التعريض في وجوده ومداه وفقاً لطبيعة الوكالة وظروف لتعمل وعرف المكان⁹⁸⁸.

988- أنظر الفقرتين 1 و 2 من الفصل 931 والفصل 932 والفقرة 1 من الفصل 933 ثم الفصل 934 من قانون الالتزامات والعقود.

عبر معول، تحت طائلة التمييز عن الضرر الذي يلحق الوكيل من جراء ذلك 989.

ويدرب عن عزل الوكيل الأصلي عزل نائبه ما لم يكن هذا الأخير قد عبر بئذ الموكل أو كانت للوكيل الأصلي صلاحيات تامة في التصرف، لو كان مأمورا في أن يعمل غيره محله.

وفي المقابل، يجوز للوكيل التنازل عن الوكالة بعد إخطار الموكل وكما بعد اتخاذ مسبق الإجراءات اللازمة للمحافظة على مصالحه - أي الموكل - إلى أن يتمكن من رعايتها بنفسه، وإلا فإنه يمكن عن الضرر الذي ينتج عن تنازله.

وتقتضي الوكالة بالعمولة حدوث تغيير في حالة الموكل أو الوكيل بالعمولة من شأنه أن يفقد أهمية مباشرة حقوقه - التي تعتبر عنصرا لازما سواء عند انعقاد العقد، أو في الوقت الذي يواثر فيه الوكيل بالعمولة للتصرف لصالح الموكل - أو كذلك بموت الوكيل أو الموكل ونحو ذلك، وبديهي أن ينطوي العقد تلقائيا بأي سبب من هذه الأسباب لأن من خصائصه كونه يقوم على الاعتبار الشخصي.

وقياسا على القواعد العامة، فإن وفاة الموكل أو حدوث تغيير في حالته يهيئ مبدئيا وكالة الوكيل بالعمولة الأصلي ووكالة نائبه. غير أن التصرفات التي أجراها مع المتعقد معه نظل صحيحة إذا كانا يجهلان وفاة الموكل، وإذا كان قد بدأ العمل، وجب عليه أن يتم في حدود ما هو ضروري، وأن يتخذ كل ما تقتضيه الظروف من إجراءات للحفاظ على مصلحة الموكل إذا لم يكن له وارث يتمتع بالأهلية لمباشرة

989- يتعين على الموكل أن يخطر وكيله بالعزل وإلا كان مسؤولا عن التصرفات التي أجراها وهو غير عالم بالعزل غير أن الأمر لا يتطلب قباض الموكل لأي شكل معين إعلام الوكيل بالعزل، بل يكفي وصول العلم إليه بأية طريقة - مسيحة للقبولي، مرجع سابق، ص 117.

هذا التصرف، وبحسب هذه الحالة للوكيل بالعمولة استرداد ما له من
من مصروفات لتفويض الوكالة،

وإذا توفي الوكيل بالعمولة، فإنه يتعين على ورثته أن كانوا
علم بالوكالة أن يضعوا الموكل بذلك وأن يحافظوا على الوثائق
والمستندات التي تخص الموكل.

المصارف المصرفية، المصارف المتخصصة والمصارف التجارية والبنوك

الفصل الثاني المصارف المصرفية والتمويلية

ربما لا يخفى على أحد المكانة المرموقة التي تمثلها البنوك إلى جانب المصارف المصرفية في تمويل مختلف القطاعات، وهيئة واعية - خلال مرحلة العمليات والخدمات المالية الأخرى - في تطوير أدائها وذلك من بينها، والدور الذي تقوم به في المجتمع المعاصر من حيث التأثير على مختلف جوانب الحياة الاقتصادية، ذلك أنها ريادة على وطبقها التطبيقية أصبحت هي الأجهزة المتخصصة في مجال الائتمان⁹⁹⁰ - إلى جانب

990 تعتبر مؤسسات الائتمان في حكم المادة 1 من الظهير الشريف رقم 14193 الصادر في 24 ديسمبر 2014 بتعديل القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها.

"الأشخاص الاعتبارية التي تؤول نشاطها في المغرب لها كس موقع مقرها الاجتماعي أو جنسية المشاركين في رأسمالها أو محصلاتها أو جنسية مسيرها وتلقي تؤول بصفة اعتبارية نشاطها ولها أو أكثر من الأنشطة التالية:

- تلقي الأموال من الجمهور،

- عمليات الائتمان.

- وضع جميع وسائل الأداء رهن تصرف العملاء أو القيام بتكبيرها.

والإشارة، فإن القانون المذكور أعلاه، ينطبق تبعا إلى:

1- تلقي الأموال، في المادة 2 منه.

2- عمليات الائتمان، في المواد 3 إلى 5.

3- وسائل الأداء، في المادة 6

كما ساق في المادة 7 بعض العمليات المرتبطة بنشاط مؤسسات الائتمان والتي يجوز لها القيام بها.

والمح في المادتين 8 و9 إلى عمليات أخرى يمكن أن يؤذن لها بإجرائها.

وبعد أن نص في المادة 10 على أن مؤسسات الائتمان تشمل صنفين من المؤسسات: البنوك وشركات التمويل، أكد في المادة 12 على إمكانية ممارسة البنوك لسائر الأنشطة الواردة في المواد 1 و7 و16 من القانون رقم 103.12 وتلقي الأموال من الجمهور تحت الطلب أو لأجل يساوي أو يقل عن سنتين، خلافا لشركات التمويل التي لا يسوغ لها أن تقوم من ضمن تلك العمليات إلا ما تم

شركات التمويل - وكذا مراكز التحكم في حركة التداول التجاري وذلك بالنظر إلى ما تتوفر عليه من قدرات على تمويل المشاريع وتسهيل المعاملات، هذه القدرات التي تتأثر بمجموعة من العوامل في مقدمتها الأزمات المالية.

وفي هذا السياق، فإن الأزمات المالية التي شهدتها مجموعة من دول العالم مؤخرا، دعت إلى إعادة ترتيب الأسس الفلسفية والإطار المرجعي للقوانين المعتمدة في المجال المالي عموما والبنكي على وجه الخصوص، وإرساء منطق جديد في التعامل مع التحولات المالية.

وهكذا، بتاريخ 24 يوليوز 2012 تم وضع مشروع القانون رقم 34.03 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المختصة في حكمها⁹⁹¹ الذي كما ينجلي من مذكرته التفسيرية - يهدف بالأساس إلى وضع الآليات الضرورية للوقاية من الأزمات المالية وتبسيطها، وتعزيز الرقابة على أنشطة مؤسسات الائتمان، وخلق شروط تطابق النظام البنكي المغربي مع المعايير والمواصفات المعمول بها على المستوى الدولي.

وفي 24 دجنبر 2014، خرج إلى الوجود الظهير الشريف رقم 114.193 الصادر بتنفيذ القانون رقم 103.12 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المختصة في حكمها الجاري به العمل حاليا، وذلك بعد مخاض شاق، علما أن مجال التشريع شهد إصدار نصوص أخرى تهم المالية الإسلامية، من قبيل تضمين مسكوك الاستثمار المطابقة للشريعة في تعديل القانون المنظم لعمليات التسيير، وتتميم القانون المنظم للمجلس العلمي الأعلى بخاسوس اللجنة التشريعية للمالية للتشركية المنبثقة عن

التصريح عليه في مقررات اعتمادها، أو حد الاقتصاد ما تحول لها لنصوص تشريعية أو تنظيمية الخاصة بها.

لما هم يتعلق بتلقي الأموال من الجمهور فإنه يجوز لها ذلك استثناء، لكن لأجل بفرق سنة واحدة.

991- هذا المشروع الذي نشرته الأمانة العامة للحكومة بتاريخ 4 شتنبر 2012 تحت رقم 103.12

المجلس العلمي الاعلى، كما صدرت مذكرات بنك المغرب بشأن تحديد كيفية وشروط اعتماد البنوك التشاركية.

والى جانب مجموعة من المقترحات الجديدة التي جاء بها هذا القانون، نذكر قد أفرد القسم الثالث منه⁹⁹² لمروء لحر من البنوك «مضاف إلى البنوك التقليدية والبنوك الحرة»⁹⁹³ أطلق عليه تسمية «البنوك التشاركية».

والبنوك التشاركية في مدلول هذا القانون⁹⁹⁴ عبارة عن أشخاص اعتبارية مؤهلة لمزاولة الأنشطة الواردة في المود و 55 و 58 منه⁹⁹⁵

992- أي المود من 54 إلى 70.

993- تدرج البنوك الحرة، ومؤسسات الأمان، وجمعيات السلفات الصغيرة والتجمعات المالية، وصندوق لإيداع والتسويق، وصندوق التمويل المركزي. هيئات مشيرة في حكم مؤسسات الائتمان طبقا للمادة 11 من القانون الهكي لسنة 2004.

994- فطر المادة 54 منه.

995- تنص المادة 1 من الظهير الشريف الصادر في 24 شجنر 2014 على ما يلي: «تعتبر مؤسسات الائتمان الأشخاص الاعتبارية التي تروء نشاطها في المغرب أيا كان موقع مقرها الاجتماعي أو جنسه للمشاركين في رأسمالها أو محصلاتها أو جنسية مسيريها، والتي تروء بصفة اعتيادية نشاطا واحدا أو أكثر من الأنشطة التالية:

- تلقي الأموال من الجمهور؛

- عمليات الائتمان؛

وضع جميع وسائل الأداء ومن تصرف العملاء أو القيام بتسييرها»

وتنص المادة 55 يف يلي:

«توئل للبنوك التشاركية لتلقي الودائع لاستثمارية من الجمهور والتي ترتبط عائداتها بنتائج الاستثمارات المتفق عليها مع العملاء»

وجاء في المادة 58 أنه:

«يمكن للبنوك التشاركية أن تموو للصلاء بواسطة المنتوجات التالية على الخصوص:

أ- المراجعة...

ب- الإجارة..

ج- المشاركة.

وكذا العمليات التجارية والمالية والاستثمارية بصفة اعتيادية بعد " بالمطابقة الصادرة عن المجلس العلمي الأعلى وفقا لمقتضيات المذ شريطة ألا تؤدي هذه الأنشطة والعمليات المشار إليها أعلاه إلى تصويل أو دفع للثقة أو ضما عما.

وهي مؤهلة أيضا لتلقي الودائع الاستثمارية من الجمهور^{١٠٨٤} كما يمكنها مراولة العمليات المرتبطة بأنشطتها، والمهنية في المولد ٦ و ٧ و ٩ و ١٦ من هذا القانون مع مراعاة أحكام النصوص التشريعية والتنظيمية المطبقة في هذا المجال ووفق نص الشروط الواردة في المادة ٥٤^{١٠٨٥}

هذا فصلا عن أنه يجوز لها أن تعمل رباهها بواسطة منتجاتها التي تنمى في كل من المراجعة والإجارة والمشاركة والمصارفة والمسلم والاستصناع^{١٠٨٦} بل وبواسطة أي منتج آخر لا يتعارض مع الشروط

د- المصارفة ..

هـ المسلم

و- الاستصناع.

١٠٨٦- صلا بالمادة ٥٥ منه

ويقصد بالودائع الاستثمارية وفقا للقرة ١ من المادة ٥٦ منه:

"الأموال التي تتلقاها البنوك التشاركية من لدى عملائها من أجل توظيفها في مشاريع استثمارية ووفق للكيفية المتفق عليها بين الأطراف".

١٠٨٧- تبعا لما ورد في المادة ٥٧.

١٠٨٨- لقد ورد تعريف تلك المنتجات في المادة ٥٨ منه تباعا كالآتي:

أولا: المراجعة هي: "كل عقد يبيع بموجبه بنك تشاركي، منفولا أو عقارا محدد وفي ملكيته لعمله بتكافة لثقاته مضاف إليها هامش ربح متفق عليهما مسبقا. يتم الأداء من طرف العميل بهذه العملية تبعا للكيفية المتفق عليها بين الطرفين".

ثانيا الإجارة هي: "كل عقد يصنع بموجبه بنك تشاركي عن طريق الإجارة، منفولا أو عقار محدد وفي ملكية هذا البنك تحت تصرف عميل قصد استعمال مسموح به لقولا.

تكتسب الإجارة أحد الشكائين التاليين:

١- إجارة تشغيلية عندما يتعلق الأمر بإيجار بسيط.

المادة 54، الذي تحدد مواصفاته الفنية وكيفية تقديمه إلى العملاء بمشور يصدره ولي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى. كما يجوز لها تقديم أي منتج آخر لعملائها شريطة الحصول على الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس المذكور⁹⁹⁹

2- إجازة منتهية بالتملك عندما تنتهي الإجازة بتحويل ملكية العقول أو العقار المستأجر للحصول تبع الكميات المتفق عليها بين الطرفين.
ثالثاً، المشاركة هي "كل عقد يكون المرص منه مشاركة بنك تشاركي في مشروع قصد تحقيق ربح.
يتشارك الأطراف في تحمل الخسائر في حدود مساهمتهم وفي الأرباح حسب نسب محددة مسبقاً بينهم.

تكتسي المشاركة أحد الشكلين التاليين:

1- المشاركة الثابتة. يبقى الأطراف شركاء إلى حين انقضاء العقد الربط بينهم.
2- المشاركة المتناقصية. يسحب البنك تدريجياً من المشروع وفق برود العقد، رابطة المضاربة هي: "كل عقد يربط بين بنك أو عدة بنوك تشاركية "رب المال" تقدم بموجبه رأس المال نقداً أو عيناً أو هما معاً، ومقابل أو عدة مقاييس "مضارب" يقدمون عليهم قصد إنجاز مشروع معين، ويحمل المقول أو المقولين المسؤولية الكاملة في تدبير المشروع.
يتم انقسام الأرباح المحققة بالتق بين الأطراف، ويتحمل رب المال وحده الخسائر إلا في حالات الإهمال أو سوء التدبير أو الغش أو مخالفة شروط العقد من طرف المضارب".

خاصة: اسم هو. "كل عقد بمقتضاه يحول أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، مبلغاً محدداً للعقد الآخر الذي يلتزم من جانبه بتسليم مقدار معين من بضاعة مضبوطة بصفات محددة في أجل".

صانع: الإنتاج هو: "كل عقد يشتري به شيء مما يصنع، يلتزم بمخرجه أحد المتعاقدين، البنك التشاركي أو العميل، بتسليم مصنوع بمواد من عذده، بأوصاف معينة يتفق عليها ويؤمن محدد يرفع من طرف المستصنع حسب الكمية المتفق عليها بين الطرفين.

وتحدد المواصفات الفنية لهذه المنتجات وكيفية تقديمها إلى العملاء بمشور يصدره ولي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان وبعد الرأي بالمطابقة الصادر عن المجلس العلمي الأعلى وفقاً للمقتضيات المادة 62 لنفا،

999- عملاً بكل من الفقرة لأخيرة من المادة 58 والمادة 59.

وتحقيقاً لمبدأ مراعاة مقتضيات الواردة في هذه الأخيرة، فإن هذا القانون نص على إحداث هيئة تدعى "هيئة المطابقة" وأوحد على البنوك التشاركية رفع تقرير تقييمي - عند نهاية كل سنة محاسبية إلى المجلس العلمي الأعلى، حول مطابقة عملياتها وأنشطتها لا بالمطابقة الصادرة عن هذا الأخير، وإحداث وظيفة للتقيد بإرائه من ضمن ما تقوم به التعرف على مخاطر عدم مطابقة عملياتها وأنشطتها للأراء بالمطابقة التي يصدرها، ومراقبة احترامها، واحترام المسطر الواجب لتباعها، كما سنلزم عليها رفع تقرير إلى بنك المغرب حول مطابقة نشاطها لمقتضيات هذا القسم.

وعلى غرار البنوك الأخرى، أكد هذا القانون على ضرورة انضمام البنوك التشاركية هي الأخرى إلى "الجمعية المهنية" للمشار إليها في المادة 32 منه، وإحداث "صندوق لضمان الودائع" من أجل تعويض المودعين لديها في حالة عدم توفر ودائعهم أو الأموال الأخرى القابلة للإرجاع¹⁰⁰⁰.

ويعتقد أن المشرع، ينطلق من خلال إحداثه مؤجراً للبنوك التشاركية بعد أن كان قد وضع لبنة في هذا المجال في سنوات مضت - للدخول في تجربة خاصتها منذ أمد بعيد مجموعة من الدول تحت اسم "المصارف الإسلامية" أو "البنوك الإسلامية"¹⁰⁰¹ التي ظهرت لتكرس

¹⁰⁰⁰ - من أجل ضمان حقوق المودعين، أحدث المشرع المغربي صندوقاً جماعياً لضمان الودائع يتولى تدبيره بنك المغرب، وقد أشار إليه في المرسوم 128 في 142 من ظهير 24 جبر 2014. التي يستفاد من بعض مقتضياتها، أن وظيفة تتمثل أساساً في تعويض المودعين في حالة عدم توفر ودائعهم، أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع، وكذا تقديم مساعدات قابله للإرجاع على وجه الاحتياط والاستثناء لفائدة مؤسسة لتمثل في وصية صعبة أو المساهمة في رأسمالها¹⁰⁰¹ للبنوك الإسلامية في كلمة وجيزة، هي عبارة عن مؤسسات مالية مصرفية لتجميع الأموال وتوظيفها وتقديم الخدمات المصرفية بما لا يخلف الشريعة الإسلامية ومقاصدها، وبما يحتم لمجتمع وعدالة التدبير، وذلك بوضع العمل في مساره الإسلامي السليم.

عن طريق ممارستها لمختلف العمليات والخدمات البنكية، بيد المشاركة في الربح والخسارة ومع التعامل بالفائدة ابتداءً من تحرير الشريعة قرناً.

وفي سياقها العام، تتمحور أهداف المصرف الإسلامية، حول الالتزام بمقاصد الشريعة الإسلامية، واستخدام ومثل في العمل لتتلاءم معها من أجل تحقيق نقلة اقتصادية ومالية وجماعية وسوقية من منظور إسلامي، الشيء الذي يساهم في التنمية وفق المقصد والمصلحة الشرعية.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، جاء القانون رقم 103 12 أيضاً في إطار تعزيز متطلبات الحماية الجيدة للقطاع السكي بمجموعة من التعديلات تتعلق بتعيين أعضاء مستقلين في المجالس الإدارية لمؤسسات الائتمان وتمثيلهم في هيئات المراقبة، ويتعلق الأمر على وجه الخصوص، بضرورة إحداث لجنة تدقيق تتكلف بتقييم إجراءات المراقبة الداخلية، وإحداث لجنة للمخاطر تحضن بتتبع عمليات المطابقة وتكبير المخاطر.

يتطابق هذه المؤسسات في عملياتها الاستثمارية ملتزمة بأمن وأركان الاقتصاد الإسلامي.

- عائشة الشرقوي الماقي، البنوك الإسلامية: التجربة بين الفقه والنقود والتطبيق، الطبعة الأولى، سنة 2000، ص 27.

ومن الدراسات أيضاً التي قصبت على هذا الموضوع: "البنوك الإسلامية" سكر على سبيل المثال.

- محمد باقر الصبر، البنك الربوي في الإسلام، الطبعة الثامنة، سنة 1983
- صبر الدين فصل المولى محمد، المصارف الإسلامية: تحليل نظري ودراسة تطبيقية على مصرف إسلامي، الطبعة الأولى سنة 1985.
- جمال الدين عطية، البنوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد والنظرية والتطبيق، كتاب الأمة، العدد 13، الطبعة الأولى، سنة 1986
- عبد الحليم عويس، الطريق إلى اقتصاد إسلامي، الطبعة الأولى، سنة 1987
- عبد السميع العصري، المصرف الإسلامي علمياً وعملياً، طبعة سنة 1988.
- علاء الحباري، الاقتصاد الإسلامي، طبعة سنة 1988.

الرسيلة في العقود الخاصة، العقود للمصلحة والتجارية والبنكية

وعلى العموم، فإن البنوك على مختلف أنواعها تتشكل مع شركات التمويل ما يسمى "بمؤسسات الائتمان" ومن بين شركات التمويل التي ستكون حاضرة مع انتهاء ترستنا للمبحث الثاني من هذا الفصل شركة الائتمان لإيجاري للمقرض، خاصة منها شركة Maghrehaiz.

الوسيط في العقود الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية

المبحث الأول العقود البنكية

بمقتضى مداولتها للنشاط المقرر لها، تنهض البنوك بالعديد من الأعمال والخدمات تعرف بـ "عمليات البنوك" أو "العمليات المصرفية" وهي خدمات تقدم بالتعدد والافتراء لكن تجمع فيما بينها على المصروف المشترك، منها لها ولادة أعراف وعادات ذهبت البنوك على قباعتها في معاملاتها، وتم تكريس أغلبها في نصوص تشريعية

كما أنها تتميز بديناميتها على الاعتبار لشخصي الذي يعكس أثره بشكل واضح على منح الائتمان للزبائن، يعكس أن الثقة لمفيدة هي أساس العلاقة بين البنك وهؤلاء مما يجعل كلا منهما يقبل التعاقد مع الآخر وأنها ذات طابع نمطي، إلا أن معضمتها يتم بأسلوب موحد في شكل نموذج أو صيغة تعاقدية يصنعها البنك سلفاً لكل عملياته ويلتزم بها في تعامله مع زبائنه، وأنها تجارية بصل القانون¹⁰⁰² بالنسبة للبنك، أما بالنسبة للزبون، فالأصل لا تكون كذلك إلا إذا كان هذا الأخير تاجرًا وقم بها لحاجات تحلته، ناهيك عن أنه مع اردءا التجارة الدولية أصبحت الأنظمة الخاصة ببعض العمليات البنكية تتكسي طابعاً دولياً لاسيما وأن المعاهدات تعتبر من المصادر الدولية للقانون البنكي

1002- في هذا الصدد ينص المشرع في البند 7 من المادة 6 من مدونة الجور، على ما يلي:

"مع مراعاة أحكام الباب الثاني من القسم الرابع بدء المتعلق بالشهر في الصل التجاري، تكتسب صفة التاجر بالممارسة الاعيانية أو الاحترافية للأنشطة التالية:

1 ...

...

7- للبنك والزمن والمعاملات المالية.
وتعتبر عمليات البنوك، من الأنشطة التجارية التي لها علاقة بالخدمات المالية تلها في ذلك شأن عمليات التأمين والعمليات التي تبثها شركات بورصة وشركات التمويل.

وعصوما، فإن الأنشطة البنكية عرفت تطورا كبيرا في السنوات
الحاضرة، بعد أن صارت تصطلح بها مقاولات تجارية كبرى توجد
بمكائات مالية ضخمة وتستعمل تجهيزات وتقنيات ووسائل حديثة
أسهمت عنها الثورة التكنولوجية التي جعلتها تستفيد من الكثير من
خدماتها وعملياتها التقليدية بأخرى إلكترونية¹⁰⁰³
واعتبرا لأمنيتها، فإن مزاويلها لم تعد تتصور سوى في شكل احترافي
منظم داخل إطار قانوني¹⁰⁰⁴ تسط عليه الجهات المختصة
مراقبتها¹⁰⁰⁵.

1003 كان من الطبيعي أن تؤثر ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات في نفس
أحداث العلم في عصر العولمة وتحويل الإنتاج على البنوك التي أصبحت تكتب
جهودها لتوطيد كفاءتها لإرضاء رباتها وإشباع حاجاتها.

1004 إن الأنشطة البنكية لا يمكن ممارستها في بلادنا إلا بناء على ترخيص بذلك
من لدن السلطة الحكومية المكلفة بالمالية يسمح بعد التأكد من توفر طائفة على
الشروط المنصوص عليها في القانون رقم 103 12 المتعلق بمؤسسات الائتمان
والهيئات المعتمدة في حكمها من ذلك ما ورد في المادة 34 منه، حيث يجب على
كل شخص اعتباري - قبل مزاولة أنشطته في المغرب - سواء كان مؤسسة لتمويل
أو جمعية للسلطات الصغيرة أو بنكاً حر أو مؤسسة أداء، أن يكون معتمدا سلفا
من والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، ومن بوجه
طلبات الاعتماد لمزاولة النشاط كمؤسسة لتمويل في شكل بنك أو شركة تمويل أو
كمؤسسة أداء إلى بنك المغرب الذي يتأكد من مجموعة من المعطيات الأساسية
لشخص الاعتباري طالب الاعتماد بأحكام المولد 35 و 36 و 37 و 38 و 44 من
هذا القانون.

1005 من ضمن الاختصاصات الموكولة إلى الوزارة الوصية على القطاع البنكي
أعداد سياسة الدولة في المجالات المالية والقضائية والقرض والمالية الخارجية
وتشديد القطاع العلم وحوصصة المؤسسات المالية وتتبع تنفيذها وفقا للنصوص
التشريعية والتنظيمية المعمول بها.

وبعد فرض، يعمد إليها بالخصوص في شخص وزيرها - بمعارضة الوصاية
على البنوك والهيئات المالية وهيئات القرض والسوق المالية وإدعاء الرأي في
جميع المسائل التي يترقب عليها أثر مالي في الموجودات الخارجية
هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه من المهام الأساسية للمنوطة ببنك المغرب -
الذي وضع نظامه الأساسي بناء على الظهير الشريف رقم 1.05.38، الصادر في
-498-

23 نونبر 2016 بتفويض القانون رقم 76.01 المصدق بالملف رقم 101/15 في اطار اعداد
المشور بالجريدة الرسمية عدد 5587 بتاريخ 10 ابريل 2016 من 421 اصدار
الأوراق النقدية والقسم النقدية الى الجهة الخاصة في الامانة العامة، المثلثة الداخلية، المثلثة
الخارجية، والمثلثة على حسن سير المثلثة الداخلية، المثلثة الداخلية، المثلثة الداخلية،
المثلثة بالمملكة والائتمان، وتحتيد الجهة الدوم من اعداد الامانة العامة، المثلثة الداخلية،
نظام الصرف وسير تعامل الدوم، كما انه يتحقق من حسن سير التعامل الداخلي
ويشهر على تطبيق الأحكام التشريعية والتنظيمية المنقطة بالمستند، المثلثة الداخلية،
الائتمان والهيئات المعنية في حكمها، الى غير ما من المهم لاخذ من المثلثة الداخلية،
عليها في هذا الملف باعتبارها مستشارا ماليا للحكومة ومثلثا لها لدى المؤسسات
المالية والنقدية الدولية، ووكيلا للخزينة ومشاركيا في التفاوض حول الاوقاف المالية
الدولية، بل ويمكن تكييفه بتعهدا، أو إبرام الاتفاقيات الضرورية لتفريد القسي لها،
وبالرجوع الى المثلث رقم 102 12 المشار اليه سابقا، نجد بعض في الفقرات 1 و 2
و 3 من المادة 50 منه على ما يلي:

“يعهد الى بنك المغرب بمراقبة تنفيذ مؤسسات الائتمان بأحكام هذا القانون
والنصوص المتخذة لتطبيقه.

ويتأكد من تتاسب التنظيم الإداري والمالي ونظام المراقبة الداخلية للمؤسسات
المذكورة، ويشهر على جودة وضعيتها المالية.

ولي هذا الاطار، يؤهل بنك المغرب لإجراء مراقبة في عين المكان ومراقبة وثائق
المؤسسات المشار إليها أعلاه بواسطة مأموريه أو أي شخص آخر يتنبه للولي
لهذا العرص.”

وعلاقة بالمراقبة الداخلية، يمكن استحضار قرار وزير المالية والحوكمة رقم
1667/07 الصغر في 23 غشت 2007 بالمصادقة على مشور والي بنك المغرب
رقم 40/G/2007 -المشور بالجريدة الرسمية عدد 5581 في 26 نونبر 2007، ص
3649- الذي يستلزم على مؤسسات الائتمان أن تضع نظاما للمراقبة الداخلية وفقا
للشروط المنصوص عليها في هذا المشور، يتمثل في مجموعة من الأجهزة -
الإدارة العامة أو مجلس الإدارة للجمعية أو أي هيئة أخرى ممثلة - بهدف ضمان
القيام باستمرار بالتحقق من العمليات والمعاملات الداخلية، وفلاس المخاطر والضوابط
فيها ورقابتها، وضمان ظروف موثوق منها لتجميع المعطيات المحاسبية والمالية
ومعالجتها ونشرها وحفظها، ونظام لمالية قوت النشر الداخلي للوثائق والمعلومات
ونشرها لدى الغير.

وما يعنينا من تلك الأنشطة هو ما يأتي في صيغة عقود تسمى بالعقود البنكية، التي بمناسبة إعداد مدونة التجارة، وجدها المشرع فرصة مواتية لبحثها بالتفصيل حيث أفرد لها جزءا مهما من المقاصد في إطار القسم السابع من الكتاب الرابع - أي في المواد من 487 إلى 544 - في ثمانية أبواب تتصل على التوالي على: الحساب البنكي، إيداع النقود، وإيداع السندات، والتحويل، وفتح الإحسد والحسم، وحالة الديون للمهية، ثم رهن القيم.

ومن الناحية النظرية، يمكن تصنيف هذه العقود ضمن طائفتين رئيسيتين الأولى هي العقود المتعلقة بالإيداع والخدمات البنكية، والثانية هي العقود المرتبطة بالانتماء البنكي وضمائنه¹⁰⁰⁶.

1006- وهو ما عبر عنه أحد رجال الفقه القانوني بقوله: "تتضمن عمليات البنوك في برعين، العمليات المتعلقة بتلقي الودائع من الزبناء والعمليات المتعلقة بمنح الائتمان وتوزيعه. ولا أي أن جميع هذه العمليات قلما تتم بصورة منفردة، بل الغالب أن تتحد في تسييرها شكل حصيف مع الزبناء".
- محمد السيد لقي، مرجع سبق، ص 304.

المطلب الأول عقود الإيداع والخدمات البنكية

مما لا شك فيه أن الحساب البنكي يحتل الأهمية التي تركز عليها العمليات البنكية إذ هو القطب المركزي الذي تدور حوله مختلف العمليات التي يجريها البنك مع ربه، كما تبرز طبيعة النقدية كإهم صورة للإيداع البنكي وأكثرها شيوعا في علاقة البنك مع ربه، علما أن هناك صورا أخرى لعملية تلقي الودائع من العموم لا أنه يطغى عليها أحيانا طابع ائتمن البنكية¹⁰⁰⁷ كما هو الأمر مثلا بالنسبة لإيداع المندوب والتحويل البنكي.

الفقرة الأولى : الحساب البنكي

يشكل الحساب البنكي القطب المعنوي الذي تدور حوله مختلف العمليات التي يجريها البنك مع ربه، ذلك أن تسويته لن كفت تتم أحيانا فورا وبمدا عن طريق الشيك، إلا أن الصورة العامة فيها أن تحصل بواسطة الحساب الذي يدخل في قائمة العقود البنكية، والذي وضع له المشرع قواعد تنظمه في بطل الكتاب الرابع من مدونة

1007- علاوة على خدمات الصندوق تقوم البنوك بتقديم العديد من الخدمات الأخرى مقابل عمولات يؤديها الأشخاص المستفيدون منها، أو مجانا وذلك بالنسبة لخدمات فتح الحساب، ومنح دفتر الشيكات، وفتح حساب على البطاقة، وشروط الأجر، وطلب شهادة كشف الحساب، وإيداع مبلغ مالي، وبعاء عتبة إيداع الأموال وسحبها من الرسم الضريبي، عدا شيك الصندوق، وسحب الأموال بواسطة الحساب على البطاقة، والسحب عن طريق البطاقة البنكية، وتحويل الأمر بالأداء في نفس المؤسسة البنكية، واستقبال الحوالات البنكية الوطنية، وإرسال كشف الحساب، واقتصاص كشف الحساب بواسطة بطاقة الشيك الأوتوماتيكي وتغيير المعلومات والبيانات الخاصة بصاحب الحساب، والتي وردت في تورية والي بنك المغرب الصادرة بتاريخ 3 ماي 2010 تحت رقم G/1/10 طبقا لقرار لجنة مؤسسة القروض المعقدة بتاريخ 6 أبريل 2010.

الوسيط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية.

التجارة كما خصه ببعض المقتضيات في القانون المتعلق بالبنوك
الائتمان والهيئات المعنوية في حكمها.

غير أن هذا لا يعني أن علاقته بالقانون المدني قد انفصلت، بل
على الرغم من أنه يعد عقداً تجارياً تحكمه قواعد القانون التجاري
وتنصع النزاعات الناشئة عنه لاختصاص المحكمة التجارية، إلا أن
قواعد القانون المدني ما زالت حاضرة في بعض جوانبه، ناهيك عن
المعاملات والأعراف البنكية التي لها نصيب في تنظيمه.

أولاً: فتح الحساب البنكي

يعد الحساب البنكي "أداة لتسوية العمليات التي تتم بين البنك
وربوه، حيث يمكن لهما استعمالها للوفاء بديونهما المتقابلة بكيفية تامة
عمية الوفاء بالمقاصة".¹⁰⁰⁸

وهو لن كان يفتح¹⁰⁰⁹ في الأصل لإيداع النقود لدى البنك إلا أنه عفاً
ما يوظف كوسيلة لإجراء العديد من العمليات البنكية الأخرى.

وهو لا يمكن أن يفتح من لدن أحد البنوك المعتمدة إلا لفائدة شخص
طبيعي أو معنوي حقيقيين¹⁰¹⁰ أي يتمتعون بالشخصية القانونية الشيء
الذي يفرض كون المضرع وصع على عاتق المؤسسة البنكية واجب

1008- محمد تروحي، مرجع سبق، ص 15.

1009- أنظر بخصوص فتح الحساب البنكي:

Mimoun chergui, Droit Bancaire Marocain, Edition 2004 P 17-16 Collection

1010- ينص من المادة 151 من القانون رقم 103.12 أنه يجب أن تدرج في سجل

فتح كل حساب تحت الطلب أو حساب لأجل أو حساب للتسديدات، اتفاقية مكتوبة بين
مؤسسة الائتمان والعميل - نسلم نسخة من هذا الأخير - وتحدد اتفاقية نموذجية
الشروط التي المصنعة في اتفاقية الحساب المنشور بصدور - والتي بنك المغرب بعد
تمتدح رأي لجنة مؤسسات الائتمان.

للتحقق قبل فتح أي حساب من مجموعة من المعطيات التي تخص
مؤلا 1011.

فالحيلة لأرمه قبل الإقدام على فتح الحساب البنكي، بحيث أن كل
تقصير من المؤسسة البنكية في هذا الإطار يمكن أن يربط مسؤوليتها
للمتدنية تجاه المنصرف من جراء إحدى العمليات التي يقوم بها صاحب
الحساب البنكي المفتوح لديها

والجدير بالإشارة، أن المشروع يتطلب بالنسبة لفئات معينة من
الأشخاص الطبيعيين والمعنويين، ضرورة إيداع الأموال الناتجة عن
بعض التصرفات أو العمليات في حساب بنكي، بل إن مدونة التجارة
تقرص على التجار فتح حساب في مؤسسة بنكية أو في مركز الشيكات
البريدية لأغراضهم التجارية، عملاً بما تنص عليه المادة 18 منها.

1011- وللإشارة، فإنه بتاريخ 23 غشت 2007 صدر قرار لوزير المالية
والحوصصة رقم 07.1668 بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب / G /
2007 الصادر بتاريخ 23 غشت 2007 يتعلق بواجب البقطة المعروض على
مؤسسات الائتمان. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5581- بتاريخ 26 نونبر 2007.
ص 3671. والذي خص المواد من 3 إلى 14 لتحديد هوية العملاء.
وفي فاتح يوليوز 2013 صدر قرار لوزير الاقتصاد والمالية رقم 2467 بالمصادقة
على منشور والي بنك المغرب رقم 12/ و/ 2 بتاريخ 18 أبريل 2012 المتعلق
بواجب البقطة للمعروض على مؤسسات الائتمان. المنشور بالجريدة الرسمية عدد
6178 في 15 غشت 2013 ص 5776.

وفي نفس السياق صدر الظهير الشريف رقم 10779 بتاريخ 17 أبريل 2007 بتعديل
القانون رقم 4305 للمتعلق بمكافحة غسل الأموال - المنشور بالجريدة الرسمية
عدد 5522 بتاريخ 3 ماي 2007. ص 1959. كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى
القانون رقم 145.12 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.13.54 بتاريخ 2 ماي
2013. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 6148 بتاريخ 2 ماي 2013. ص 3641.
وكذا تغييره بمقتضى المادة 127 من القانون رقم 19.14 المتعلق ببورصة القيم
وشركات البورصة والعرضيين في الاستثمار المالي- الذي أقره المولد من 3 إلى 8
منه لالتزامات البقطة المعروضة على مؤسسات الائتمان.

ومثلما يحتب فتح الحساب البنكي حقا للأشخاص، فإن البنك كشخص
يحترف مزاولة النشاط البنكي، يحظى بحق اختيار زبائنه، ومن ثم يمكن
له استنادا إلى اعتبارات يرتبها معنولة، رفض أي علاقة يجد فيها قد
ترتب مسؤوليته على بعض العمليات التي يكون للحساب البنكي بداية
لها.

ومراعاة من المشرع لعمدا لتوفيق بين مصلحة الزبون ومصلحة
البنك، فإنه أجاز لكل شخص لا يترتب على حساب بنكي ورفضه
فتح من لدى بنك ما دون مبرر، أن يلتزم من بنك المغرب تعيين
مؤسسة ائتمان يمكنه أن يفتح حسابا لديها¹⁰¹².

ومن المعلوم، أنه يحق لأشخاص متعددين أن يفتحوا حسابا بنكيا
باسمائهم جميعا-أي حسابا مشتركا- إما بالتضامن فيما بينهم أو
بدونه¹⁰¹³ كما يسوغ أيضا للشخص الواحد أن يفتح باسمه الخاص عدة
حسابات بنكية لدى نفس البنك، إما في وكالة واحدة، أو في عدة وكالات
بنكية من تلك التابعة لهذا الأخير.

وقد تعرضت المادة 489 من مدونة التجارة لحالة تعدد الحسابات البنكية
للمفوضة لشخص واحد لدى نفس البنك حيث تنص على أنه:
"في حالة تعدد الحسابات للمفوضة لنفس الزبون، وفي نفس الوكالة أو
في عدة وكالات لنفس المؤسسة البنكية فإن كلا من هذه الحسابات يعمل
مستقلا عن الآخر، إلا إذا نص على خلاف ذلك".

1012- انظر المادة 150 من القانون رقم 103.12 .

1013- وهذا للمادة 490 من مدونة التجارة.

وللاشارة، فإنه إذا وقع الإخلال بوفاء من طرف صاحب حساب مشترك على
وجه التصلب أم لا، تطبق بقوة لقرار مقتضيات المولد من 311 إلى 313 حـ
بالمادة 315 من نفس المدونة- على باقي المشتركين في الحساب، سواء بالنسبة
لهذا الحساب أو بالنسبة للحسابات المشتركة الأخرى، وكذا الحسابات المنحسية
للمثل بوفاء.

المؤسسة في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية

وعاينه، فإن المبدأ في الحسابات البنكية المفتوحة باسم شخص طبيعي أو معنوي واحد لدى نفس البنك هو الاستقلال عن بعضها البعض، غير أنه يمكن الخروج عليه إذا ما وجد اتفاق بين المؤسسة البنكية وربوبها على عدم استقلال حساباته الممسوكة من طرفها،

وكما يجوز أن تكون للحسابات البنكية المفتوحة لدى ذات المؤسسة البنكية باسم الربوب الواحد نفس الطبيعة القانونية، فإنه يمكن أن تكون مختلفة في ذلك عن بعضها البعض.

١- شروط فتح الحساب البنكي

مبدئياً، يخضع الحساب البنكي من حيث شروطه العامة للتواعد الجاري بها العمل في مجال العقود الأخرى، إلا ما تقتضيه الأعراف والعادات البنكية من شروط خاصة سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو المعنوي.

أ- بالنسبة للشخص الطبيعي

بما أن الشخص الطبيعي يتمتع بكون متفرع بالشخصية القانونية فإنه بمقتوره أن يفتح حساباً بنكياً لدى إحدى المؤسسات البنكية المعتمدة في المغرب وذلك بغض النظر عن جنسيته¹⁸¹⁴.

وإذا كان الأمر كذلك بخصوص الجنسية، فإنه من الثابت في العمل أن هذا الحساب لا يمكن فتحه على الوجه الصحيح إلا للشخص الرشد طبقاً لمدونة الأسرة، أما ناقض الأهلية فيتم فتح حسابه البنكي وتنشيطه عن طريق ممثله القانوني، كما أنه يمكن للقاصر المأثور له في

¹⁸¹⁴ - حسبما يستفاد من الفقرة 1 من المادة 488 من مدونة التجارة التي ينص فيها المشرع على وجوب تحقق المؤسسة قبل فتح أي حساب من موطن وغوية طالب فتح الحساب بذا على بطاقة التسجيل بالنسبة للأجانب والمقيمين بالمملكة أو جواز السفر أو ما يقوم مثله لإثبات الهوية بالنسبة للأجانب غير المقيمين.

الاتجار في أمواله في مفهوم مدونة الأسرة، أن يمنح حساب بنكي لأغراضه التجارية¹⁰¹⁵ لدى إحدى المؤسسات البنكية أو لدى مؤسسات الشيكات البريدية، لأنه المأذون في حالة الاختيار بعد كامل الأهلية¹⁰¹⁶ أن له به وفي التقاضي فيه¹⁰¹⁶.

ب- بالنسبة للشخص المعنوي

يتوفر الشخص المعنوي كما لا يخفى على الشخصية القانونية التي تجعل منه كيانا قانونيا له ذمة مالية مستقلة عن ذمم الأشخاص الذين يؤمنونه، ما عدا شركة المحاصة التي لا تتمتع بالشخصية المعنوية، ولا تخضع بالنسبة لأي تقييد في السجل التجاري ولا لأي إجراء من إجراءات الشهر.

أما عن تشغيل الحساب البنكي الممنوح للشخص المعنوي، فإنه يتم بواسطة الممثل القانوني الذي تتحدد سلطاته وفقا للقواعد القانونية المنظمة للشخص المعنوي وللمقتضيات الواردة في نظامه الأساسي. والجدير بالذكر، أنه يمكن للشريك ان يدير شركة المحاصة أن يفتح حسابا بنكي باسمه الخاص لأغراضها. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن حل الشركة-تعا لقانون شركات المساهمة¹⁰¹⁷- لا يترتب عليه مباشرة انقضاء شخصيتها المعنوية، وإنما تستمر إلى غاية إقفال للتصفية وإنما إجراءات النشر اللازمة لذلك؛ وعلى هذا الأساس، ليس

1015- ومعنى ذلك، أن القاصر المأذون له بالاتجار لا يمكنه فتح حساب بنكي إلا من أجل الأنشطة التجارية التي يمارسها بواسطة أموال التي ملكت له بقصد إدارتها في حدود الإذن الممنوح له لهذا الغرض.

1016- تطبيقا لمقتضى المادة 13 من مدونة التجارة، فإنه يتم تقييد الإذن بالاتجار وكذلك الترشيد المنصوص عليهما في مدونة الأسرة-في المادتين 218 و 226-في السجل التجاري.

1017- أنظر المادة 370 من الظهير الشريف رقم 1.96.124 الصادر في 30 غشت 1996 بتعديل القانون رقم 17.95 المتعلق بشركات المساهمة، المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996، ص 2320، كما تم تغييره وتتميمه.

كيس
كسر
فيما

الحساب البنكي المفتوح باسم الشركة التي توجد في طور التأسيس، وفي مقودا لحاجيات هذه الأخيرة، يقوم المصنف بتشغيله طوال المدة التي يطلبها إنجاز مهمته.

كما يجوز للشخص المعنوي الموضوع في حلة تسوية قضائية وإلى غاية إعداد مخطط التسوية¹⁰¹⁸ فتح حساب بنكي، لا يكون مقود حوله وحده سلطة تسيير الشركة، فتح حساب بنكي من أجل العمليات المتعلقة بهذه الأخيرة خلال فترة ما بعد التوقف عن الدفع

ولا تفوتنا الإشارة أيضا، إلى أنه ما دامت الشركة لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد التسجيل في السجل التجاري¹⁰¹⁹ فإنه يمكن للمؤسسين بالنسبة للشركة في طور التأسيس، فتح حساب بنكي باسمها قصد إيداع الأموال النقدية للمكتب بها في رأس مالها وذلك لأجل ثمانية أيام ابتداء من تلقي هذه الأموال¹⁰²⁰.

وعليه، فإنه يبرح فتح حساب بنكي باسم الشركة الموجودة في طور التأسيس إلى أن تكتسب الشخصية المعنوية نتيجة تسجيلها في السجل التجاري، أما إذا لم يتم تأسيسها خلال مدة ستة أشهر من تاريخ إيداع الأموال بالحساب البنكي المفتوح باسمها، فإنه يقع على المؤسسين سحب هذه الأموال من أجل إرجاعها إلى المكتتبين المعنيين بالأمر، بل ويمكن لكل واحد من هؤلاء استصدار أمر استعجالي بشأن تعيين من يتولى استرجاع الأموال للمودعة بالحساب البنكي وتوزيعها على المكتتبين¹⁰²¹.

1018- المنصوص عليه في المادة 579 من مونة التجارة.

1019- أنظر مثلا المادة 3 من القانون رقم 1795.

1020- أنظر الفقرتان 1 و 2 من المادة 22 من نفس القانون.

1021- أنظر الفقرة 1 من المادة 35 من نفس القانون.

2- إجراءات فتح الحساب البنكي وحجية كشوفاته

1- إبرام اتفاقية فتح الحساب البنكي

يجب أن تبرم في شأن كل حساب بنكي اتفاقية مكتوبة بين العميل ومؤسسة الائتمان تسم بخطة منها إلى هذا الأخير، كما تحدد اتفاقية نموذجية للشروط الدنيا للمصممة في اتفاقية الحساب المنشور بمسئله والي بنك المغرب بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان¹⁰²².

كما يتعين على مؤسسة الائتمان وضع الإجراءات الصورية التي تمكنها من تحديد هوية عملائها ومعرفة شكل معق، والتقييم بتسليم ومراقبة العمليات التي يجرها هؤلاء، لا سيما تلك التي تشكل درجة كبيرة من المخاطر، هذا إلى جانب حفظ وتحيين الوثائق المتعلقة بهم والعمليات التي يقومون بها¹⁰²³.

وهكذا، يعتبر الاستعلام حول وصحية طالب فتح الحساب البنكي أحد الواجبات التي يتحملها البنك، حيث يتعين عليه قبل اتخاذ أي قرار بشأن فتح هذا الحساب أن يتخذ عدة إجراءات تروم التحقق من الوصحية القانونية للمعني بالأمر، وهو ما كرسه المشرع في المادة 488 من مدونة التجارة التي تنص على الاحتياطات التي يجب على البنك اتخاذها في هذا الإطار، والتي تتحدد في ضرورة التأكد من موطن وهوية الشخص الطبيعي، ومن حقيقة الشخص المعنوي، عبارة على الاحتياطات التي تتعلق بتسليم صيغ شيكات بملحق لحساب البنكي.

وفي هذا الصدد تنص المادة المشار إليها أعلاه على ما يلي:

¹⁰²² - طود لما تنص عليه المادة 151 من القانون رقم 103.12.

¹⁰²³ - راجع بهذا الخصوص قرار وزير المالية والخصخصة رقم 668 07 الصادر في 23 غشت 2007 بالمصادقة على منشور والي بنك المغرب رقم 41/G/2007 الصادر في 2 غشت 2007 المتعلق بواجب القفلة المعروض على مؤسسات الائتمان.

يجب على المؤسسة البنكية قبل فتح أي حساب التحقق:

١- فيما يخص الأشخاص الطبيعيين، من موطن وهوية طالب فتح الحساب بناء على بيانات بطاقة تعريفه الوطنية و بطاقة التسجيل بالتسمية للأجانب المقيمين أو جواز السفر أو ما يقوم مقامه لإثبات الهوية بالصفة للأجانب غير المقيمين.

٢- فيما يخص الأشخاص المعنويين، من الشكل والتسمية وعنوان المقر وهوية ومطبات الشخص أو الأشخاص الطبيعيين المحولين إنجزر صليات في الحساب وكذا رقم الصرية على الشركات أو رقم السجل التجاري أو رقم البتلتا.

تمجل المؤسسة البنكية مواصفات ومراجع الوثائق المقدمة.

ونظرا لأنه يترب عادة على فتح الحساب البنكي لشخص طبيعي لو معنوي، وضع صيغ شيكات رهن إشارته¹⁰²⁴ فإن المشرع تدخل أيضا بتحديد احتياطات بتعين على المؤسسة البنكية أخذها بعين الاعتبار عند تمليم هذه الصيغ¹⁰²⁵.

ب- الحجية القانونية لكشف الحساب البنكي

تبعا لما نقيده به كل من المادة 156 من القانون رقم 103 12¹⁰²⁶ والمادة 492 من مدونة التجارة، فإن كشوف الحسابات تعد وسائل

1024- كما تنص عل ذلك المادة 310 من مدونة تجارة بروب.

1025- تنص المؤسسة البنكية بالمعجل صيغ شيكات رهن إشارة الأشخاص المتسولين لديها على حسابات وتعمل فيها بالشيكات.

1026- وقد تم التتخص عليها في المادة 308 وما بعدها من مدونة التجارة.

فعل مجيل المثال تقصي المادة 308 بأنه:

1027- يجب على كل مؤسسة بنكية تملم لروبها صيغ شيكات على بياض قابلة للوفاء بصورتها، أن تضمن في كل صيغة اسم الشخص الذي سلمت له .. وإلا طبقت عليها غرامة قدرها مائة درهم عن كل مخالفة.

1028- جاء في المادة المذكورة أعلاه:

إثبات¹⁰¹⁷ وهي تعتبر من بين المواضيع التي أثارت في صفوف المحل
لفقه القانوني وكذلك في ساحة القضاء، جدلا كبيرا ارتكر بالأساس
على قاعدة قهية متصلة في ميدان الإثبات تقضي بأنه "لا يجوز
للمنخص أن يصنع دليلا لنفسه" وكشف الحساب الذي لا يسيل حتى
بتوقيع الربون إنما هو من صنع المؤسسة البنكية.

ومن الملاحظ أنه قبل أن يتدخل المشرع المغربي نص فاسوسي
يؤطر هذا الإشكال حسما للنزاع، كانت مواقف القضاء¹⁰²⁸ متراجحة
بين الإقرار بعتبار كشف الحساب البنكي دليلا في الإثبات، وبين بكرة
اعتباره كذلك إلى أن تم التسليم في آخر المطاف بإمكانية اعتمده حجة
في مواجهة الربون لتاجر دون العسلي، وذلك استنادا إلى مبدأ حرية

"يعد اكتشاف الحسابات التي لديها مؤسسات الائتمان وفق الكيفيات المحددة
بمشرور يصدره والي بنك المغرب، بعد استطلاع رأي لجنة مؤسسات الائتمان، هي
المجال القسامي، باعتبارها وسائل تثبت بينها وبين عملائها في المعاملات القائمة
بينهما إلى أن تثبت ما يخالف ذلك"

1027- ورد في مطلع المادة 492 من مدونة التجارة على ما يلي:
"يكون كشف الحساب وسيلة تثبت ..."

وجه في حكم المحكمة التجارية بمركنش رقم 204 الصادر بتاريخ 2 مارس 2000
في الملف عدد 342 99 -المشور بمجلة المحاكم المغربية. العدد 83، ص 212-
أن حجة كشف الحساب البنكي في الإثبات مطقة على صدور قرار من والي بنك
لمغرب يحدد تركات كشوف الحساب، حيث إن كل كشف ويعلن صادر عن البنك
محلف لدورية والي بنك المغرب -عدد 4/8 بتاريخ 5 مارس 1998 - يعتبر عديم
الأثر في الإثبات القسامي.

038. لمعرفة بعض توجهات القضاء المغربي في هذا الصدد انظر مثلاً:
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بطنس العدد 252 الصادر بتاريخ 11 أبريل
2000 في الملف رقم 12 5. 1999 المنشور بمجلة الميعر العدد 27، ص 183.
- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 5 ت 99 الصادر بتاريخ 9 فبراير
1999 في الملف رقم 65. 99. 6.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بطنس رقم 908 الصادر بتاريخ 6 يونيو 2006
في الملف عدد 06/506.

الوسيط في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية

الإثبات المعروف في المادة التجارية، وقبلنا كذلك على دافتر فتحلر
المصوكة بالنظام التي تعد حجة بين هؤلاء.

بل في المنازل يتار حول حجية التوصل الذي يستخرج من
الصراف الآلي إذا أراد الربون الاحتجاج به في مواجهة البنك فسوء
دراخ بينهما بشأن المبلغ الممنوع فيه - باعتبار ملكا للبنك الذي يتولى
برمجه لتلبية طلبات الرباء وتقديم الخدمات التي يسمح بها هؤلاء، هل
يعد هذا التوصل صادرا عن البنك فقط بوصفه المالك الوحيد للصراف
الآلي، ومن ثم لا يجوز لهذا الأخير اعتماد إثبات العملية التي أجراها
الربون عملا بمبدأ عدم جواز اضطباع المرء دليلا لنفسه؟ أم عن
الربون بناء على تعميماته، وبالتالي لا يجوز له التمسك به لإثبات
العملية التي قام بها استنادا إلى نفس المبدأ، أم أنه يعد صادرا عنهما معا
بناء على الاتفاق المعبر بينهما؟

ونرى لراء يجب نص في التشريع المغربي يطر هذه
الإشكالية، وجوب العمل بالاتفاقات المكتوبة والموقعة بين البنك وربونه
والتي تخضع لمبدأ حرية التعاقد الذي يقيد شرط مراعاة الخصم العام
والأدب العامة والقواعد القانونية الأمرة.

ثانيا، أنواع الحساب البنكي

ينقسم الحساب النكي في ظل مدونة التجارة إلى حساب بالاطلاع
وحساب لأجل¹⁰²⁹:

1029- تناول المشرع الحساب بالاطلاع والحساب لأجل في المواد من 493 إلى
508 من نفس المدونة، بعد أن تطرق إلى الأحكام المشتركة بينهما في المواد من
488 إلى 492 منها.

ولأخذ فكرة عن القواعد العامة المتعلقة بالحساب بالاطلاع والحساب لأجل، انظر:
- *Minimum charqi: OP.Cit. P 18 25.*

1- الحساب بالأطلاع

إن الحساب بالأطلاع في منطوق المادة 493 من مدونة المحاسبة "عند بمقتضاء يتفق البنك مع زبونه على تقييد ديونهما المتحصلة في كشف وحيد على شكل أبواب دائنة ومدينة، والتي يدمجها يمكن في كل حين استخراج رصيد مؤقت لفائدة أحد الطرفين".

ولئن ما يمكن ملامسته من هذا النص، في الحساب بالأطلاع، عند يئكي يبرم بالضرورة بين مؤسسة بنكية وزبونها من أجل تسوية ديونهما المتبادلة الناتجة عن المعاملات الحالية أو المستقبلية التي تتم بينهما، وإن المقصود من وراء إبرامه يكمن في رعة كل من البنك وزبونه في تسوية ديونهما المتبادلة المعقدة على شكل أبواب دائنة ومدينة في كشف واحد، وإجراء المقاصة بينهما لاستخراج الرصيد المؤقت أو النهائي - عند الاقتضاء - والذي قد يكون دائنا بالنسبة لأحدهما ومدينا بالنسبة للآخر¹⁰³⁰.

رأى من هذا على شيء، فإنما يدل على أن الحساب بالأطلاع يؤدي وظيفة مهمة قوامها تبسيط معاملات الأطراف المعنية بالأمر ذلك أن تسوية كل عملية على حدة فورا ونظرا من شأنها أن تقضي إلى ارتفاع التكلفة وصياح الوقت، وخصوصا بالنسبة لأنظمة محاسبة، مما يجعل من الصعب على لتاجر أن يقي في كل وقت بتدله بسبب كل صفقة يبرمها.

ويشبه الحساب بالأطلاع حسابا آخر يطلق عليه "الحساب الجري" الذي بمقتضاء ينترم شخص¹⁰³¹ بتحويل الحقوق والديون

¹⁰³⁰ راجع في هذا المعنى:

- أحمد فرجاني، مرجع سابق، ص 82 و 84.

¹⁰³¹ يعتبر الحساب الجري نوعا خاصا بالتجار يفتح عادة لأغراض التجارة ومن خصائصه بكون حسون لربون على لتمنل البنك كذلك فإن الأصل أن نقف للمعيل في نقد هو -هذه- مستقلها ولي تتحول فيها في الحساب إلى مجرد

النشئة من العمليات الأصلية التي تتم بينهما، في قفول في الحساب
تتقاس فيما بينها بحيث يكون الرصيد النهائي عند إقفال الحساب وحده
بيانا مستحق لأداء¹⁰³² مع الأخذ بعين الاعتبار خاصية جوهرية مميزة
له تتمثل في كونه لا ينشأ إلا إذا كان أحد أطرافه مؤسسة بنكية، خلافا
للحساب الجاري الذي هو عقد بين شخصين بغض النظر عما إذا كان
أحدهما بنكاً أو شخصا طبيعياً أو معنوياً، يمارس أعمالاً مدنية أو
تجارية، وإن كان في الخالب أن يفتح هذا النوع من الحساب بين حد
البنوك وزيونه¹⁰³³.

يود تلميح في كل لا يتجراً بحيث لا يتحدد ما إذا كان البنك دائماً أو مديناً للزبون
إلا عند قفل الحساب وبيان الرصيد النهائي.
- مسند السيد القاضي، مرجع سابق، ص 306.
1032 أنظر المادة 298 من قانون التجارة اللبناني.
1033- الحساب الجاري كذلك:

"وسيلة سهلة على التجار تصفية العديد من العمليات المتبادلة في الحقل
التجاري..."

وتقوم الفكرة المحورية للحساب الجاري على أساس تعدد وتكرار الأعمال المتبادلة
بين طرفين - المصرف وزيونه - حيث يكون كل منهما دائماً ومديناً.

وهذه العلاقات المتكررة والمتعددة تؤدي إلى تسهيل الديون مرات متعددة.
لذلك، تسهيلات للمعاملات بين الطرفين، فبما يتفقان على تسوية كل عملية على
حده. من هنا، انطلقت الفكرة الأساسية للحساب الجاري، إلا أنها مع الزمن تخطت
تسجيل العمليات المتبادلة بين الطرفين، إلى إرساء قواعد الحساب الجاري على
أسس قانونية وثابتة، من أبرزها انتماج العمليات الحاصلة بين الطرفين اندماجاً
تاماً من شأنه أن يعقد العملية ذاتها وكيانها المستقل لتتصير في نطاق الحساب
مشكلة بذلك كتلة غير قابلة للتجزئة، مما ينتج عن ذلك عدم إمكانية اعتبار أحد
الطرفين دائماً والآخر مديناً إلا حين قفل الحساب وتحديد الرصيد النهائي".

عبد اللطيف شبيب، الجوانب القانونية للحساب الجاري على ضوء القانون المغربي
والمقارن. رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، ص 1 و 16.
المنحة الجامعية: 1993-1994. جامعة القاضي عياض. كلية العلوم القانونية
والاقتصادية والاجتماعية. مراكش.

ورفعاً لهذا للتدخل بين الحسابين حلول المشرع للمعسر أن يمدد بطريقة غير مباشرة بين الحساب الجاري الذي يكون أحد أطرافه بنك وذلك الذي لا يكون كذلك، ولدرج النوع الأول ضمن أحكام المدة البنكية 1034.

والجدير بالإشارة، أنه في الحساب بالأطلاع يمكن للزبون أن يتصرف حسب رغبته في الرصيد المؤقت الذي يكون قبلاً للمعسر من طرف أي دائن له 1035 كما أن الفوائد تسري بقوة القانون بالنسبة للبنك ويسجل في الرصيد المدين الحساب دين العائدة لهذا الأخير المحصور كل ثلاثة أشهر والذي قد يساهم في تكوين رصيد لفائدة يتج بدوره فوائد.

وهو يقتل إما بإرادة أي من الطرفين - بدون إشعار سابق إذا كانت المبادرة من الزبون، ومع ضرورة مراعاته إذا كانت المبادرة من البنك 1036.

غير أنه يجب أن يوضع حد للحساب المدين بمبادرة من البنك إذا توقف الزبون عن تشغيل حسابه مدة سنة من تاريخ آخر عملية دائنة مقيدة به وفي هذه الحالة يجب على البنك قبل قفل الحساب إشعار الزبون بذلك بواسطة رسالة مصمومة في آخر عنوان يكون قد أُلقي به لوكالته البنكية، وإذا لم يبادر الزبون بالتعبير عن نيته في الاحتفاظ بالحساب يدخل أجل سنتين يوماً من تاريخ الإشعار، اعتبر هذا الأخير مقفلاً بانقضاء هذا الأجل.

كذلك يقتل الحساب بالوفاة أو لعدم الأهلية أو للتسوية أو للتصفية القضائية للزبون 1037.

1034- لا سيما في المولد من 487 إلى 508 من مدونة التجارة.

1035- عملاً بالمادة 500 من مدونة التجارة.

1036- وحسب نص المودج المشار إليه سابقاً، قبل الحساب لما يقتل بمبادرة من طرف البنك، وجب على هذا الأخير تنبئ لوكاله كدفعة إلى صاحب الحساب مع احترام أجل الإشعار أي سنتين لا ما قبل إقفاله.

1037- لا سيما في المولد من 487 إلى 508 من مدونة التجارة.

المحاسبة الخاصة بالمحاسبة التجارية والمالية

وتنص المادة 503 من المادّة 503 من مرسوم التجارة 1037 في الحساب البنكي بتأثر بالوفاء أو عدم الوفاء أو التسوية أو التصفية القضائية للربو، حيث يتم في مثل هذه الحالات إقفاله ابتداء من صدور الحكم بالتصفية القضائية.

ويبدو أن هذا النص لا يتسجم مع بعض المقتضيات الواردة في مدونة التجارة، كالمادة 577 منها التي تجيز للمقاول الاستمرار في نشاطه بعد إصدار حكم بالتسوية القضائية، والسند الذي يستعمل للحسابات البنكية أو البريدية للمقاول لما فيه مصلحتها، والمادة 571 التي تخول المقاول الحق في الاستمرار في مزاولة نشاطه بعد صدور الحكم عليها بالتسوية القضائية.

1037- راجع المادة 503 من القانون رقم 134.12.

1038- بموجب مائة مريدة من المرسوم رقم 142 14 الصادر في 22 غشت 2014 بتنفيذ القانون رقم 134 12 تم نسخ ونموذج أحكام المادة 503 من القانون رقم 1595 المتعلق بمدونة التجارة. المنشور بالجريدة الرسمية عند 6290 بتاريخ 11 شتنبر 2014. ص 6810.

تم نسخ ونموذج على النحو التالي أحكام المادة 503 من القانون رقم 1595. المتعلق بمدونة التجارة الصادر بتنفيذ المرسوم رقم 196 83 بتاريخ 19 غشت 1996.

- المادة 503: "يوضع حد للحساب بالاطلاع بإزالة أي من الطرفين، بدون إشعار سابق إذا كانت مبادرة من الربو ومع مراعاة الإشعار المنصوص عليه في الباب المتعلق بفتح الاعتماد إذا كانت المبادرة من البنك.
غير أنه يجب أن يوضع حد للحساب المعدين بمبادرة من البنك إذا ترقى الربو عن تفصيل حسابه مدة سنة من تاريخ آخر عملية دائنة مقيدة به.
وفي هذه الحالة يجب على البنك قبل نقل الحساب إشعار الربو بذلك بواسطة رسالة مضمونة في آخر عنوان يكون قد ألقى به لوكالته للبنك.
إذا لم يبادر الربو داخل أجل سنتين يوما من تاريخ الإشعار بالتعبير عن نيته في الاحتفاظ بالحساب يعتبر هذا الأخير مغفلا بالتقصاء هذا الأجل.
يقال الحساب أيضا بالوفاء أو عدم الوفاء أو التسوية أو التصفية القضائية للربو".

وعلى هذا الأساس، يمكن القول، إن مجرد الحكم بالتسوية القصائية ليس من شأنه الحيلولة دون فتح حساب بنكي للمقابلة المعينة بل حتى للحكم القاضي بالنصفية القصائية، وإن كان يدل على مدى عجز القيام بمهام التمييز ويستند الأمر إلى السند، إلا أنه لا يعني قسمة الحساب البنكي بمجرد صدور حكم بالنصفية، ذلك أنه ينبغي الحق للمستفيد أثناء قيامه بعمليات تحقيق أصول المقابلة واستيفاء ما له من ديون في نعمة الغير، في أن يشغل الحساب البنكي.

2- الحساب لأجل

خلاف الحساب بالاطلاع الذي يفتح من أجل أن يستعمل في تسجيل الديون المتداولة بين السك وزيونه في إصار تسوية المعاملات التي يجريها معاً بمناسبة تشغيل هذا الحساب، فإن الحساب لأجل يفتح كي يتمكن الربون من توظيف أمواله عن طريق إيداعها لدى البنك مع التزامه بتركها تحت تصرفه لفترة زمنية معينة، في مقابل إنتاجها فوائد حسب السعر المتفق عليه أثناء إيداعها¹⁰³⁹.

وانطلاقاً من المقتضيات التي خص بها المشرع هذا الحساب¹⁰⁴⁰ يتضح أن العوائد المشترطة فيه للربون لا تدفع إلا في ميعاد الاستحقاق ولذا حل أجله، فلا يمكن تجديده سوى بطلب صريح من هذا الأخير وموافقة البنك، غير أنه يجوز لأول-الربون- إنهاء قبل أجله بموافقة البنك، وفي هذه الحالة يؤدي هذا الإنهاء المسبق إلى تطبيق الإجراءات المشترطة عند فتح الحساب.

1039- أنظر في هذا الصدد:

- محمد المروحي، مرجع سابق، ص 145.

1040- المبررة في المواد من 506 إلى 508 من نص المدونة

ثالثا: قمل الحساب البنكي

تبعا لما تعيد به المادة 152 من القانون رقم 10312 فإنه يمكن لمؤسسات الائتمان المودعة لديها أموال وفيهم، أن تقوم بإفعل الحسابات التي تمسكها، إذا لم يتم أصحابها أو نور حقوقهم بأية عملية أو مطالبة منذ عشر سنوات ويتعين عليها أن توجه دخل أجل ستة أشهر قبل انصرام اعدة العشار إليها، لشعرا مضمون الوصول إلى صاحب كل حساب أو ذوي حقوقه قد بطله التقادم، وتكون المبالغ الموجودة فيه من رأس مال وفوائد أو تساوي مبقا يحدد بقرار للوزير المكلف بالعملية هذه تبادر إلى إيداع الأموال لدى صندوق الإيداع والتكبير الذي يحوزها لحسابهم لمدة خمس سنوات يترقب على فواتها تقادم الأموال بالنسبة إليهم وتصبح بقوة القانون كسب لحزبية¹⁰⁴¹

الفقرة الثانية: الوديعة البنكية

يتمحور موضوع هذه الفقرة إجمالا حول نقطتين أساسيتين تتمثل بإداعهما في إيداع النقود، والآخرى في إيداع لسداد.

أولا: إيداع النقود

ربما لا يحصى على أحد الدور المهم الذي تلعبه الودائع النقدية¹⁰⁴² ليس فقط بالنسبة للمودع حيث تمكنه من استخدام النقود المودعة في

1041- وحسبما ورد في نموذج طلب فتح حساب في البنك الشعبي. فإن إقفل الحساب لأي سبب كان لا يوقف مريان الفوائد التي يستمر لحسابها على رصيد المدين وفقا للشروط المطبقة قبل هذا الإقفل وإلى حين الأداء التام، كذلك فإن العمليات التي قد لا يكون البنك قد قام بتقيدها لعكسي، تستمر في إنتاج الفوائد بنفس النسبة، وتنتج الفوائد الواجبة برسم ثلاثة أشهر بدورها فوائد بنفس النسبة طبقا لمقتضيات المادة 497 من مدونة التجارة.

1042- وتتضم الودائع النقدية من حيث توزيع استردادها، إلى:

لصاحبها بدونه أو في لواءه، يجوز بواسطة شيك مثلاً ١٩٤٣
 رتبة الشيك وانه بضعة تباع في نفسه ذلك به يتلقى الشيك
 من الزيد في شئ ورائع يستعملها في عمليات الائتمال ١٩٤٤
 عن أنه يعبر من تعارف التي كت إلى ميلاد ه بصطاح عنه
 الشيك كدبة وهي لقود التي تحق بكتابة في حصلت لزيد
 وهو يكرر من لواء نوع العينة التي تنتقل من شخص إلى آخر عن

- ورائع هو غيب، التي تعتبر أهمها، إذ يستعملها قودع كدابة لتسوية التزامات
 عن طريق الشيكات أو لומר تحويل، ويمكنه أن يطلب لقودها في أي وقت،
 كما أن لك لا يقع عنها بحث فكتة

- لقودته بشرط الإصر السابق، وهي رذائع تعتبر بعدم جواز استردادها إلا بعد
 إصر لك بعدة معينة يقتضي له تميز لقود الفزعة لزيد، وعلى عكس سابقه،
 غير النوع ه يستحق لكدة معينة

- والودع لأجل، التي تقوض كفتق قبلك والزبون على استردادها بعد أجل معين
 قد يصب بالشهر أو بضعة، وفكتتها تعود لك على البنك لأنه يتمتع بالحرية في
 تسليمه، ذلك من س سر فكتة عنها يكون مرتفعاً نسبياً بالمقارنة مع قسواع
 الودائع الأخرى

- لودائع المصممة تعرض معين، التي كما لك عليها تسميتها تسلم للبنك على
 لمن تخصيصها لتعليم بعملية معينة أو لغرض معين، وهو تخصيص قد يكون بما
 لمصلحة لودع أو لمصلحة لك أو كذلك لمصلحة الغير، ثم لوديعة في الحساب
 الجاري.

١٩٤٣- أن الزبون قد يودع لقوده لدى المؤسسة البنكية كي يحصل على فكتة من
 ذلك، أو لسجرد الاستقالة من الخدمات البنكية التي تقدمها لبنوك لأصحاب الودائع
 العينية.

سعد قروحي، مرجع سابق، ص ١٥٢.

١٩٤٤- ويعبراً أخرى، فإن لقود بعد أهم الودائع التي يتلقاها البنك من زبون
 تكونها تشكل القدرة المالية التي يستطيع بواسطتها هذا الأخير أن يهين بأغلب
 صلاته الائتمانية ويأثر مختلف أنواع نشاطه المصرفي.
 - سعد قروحي، مرجع سابق، ص ١٥٣.

مركز لشبكات مثلاً وتوظف كما توظف النقود المعدلية والورقية في
شبكة المعاملات 1045

بل إن الأنظمة الحديثة للأد - الإلكتروني، أصبحت تتداول ما
يسمى بالنقود الرقمية و الإلكتروني، وهي عبارة عن رصيد يتم تخزينه
أو تعبئته في بطاقة إلكترونية إما ذات شريط مغناطيسي أو ذات معالج
ومن ثم تتمثل أسط أنواع أنظمة النقود الإلكترونية في نظام القيمة
المحددة، وأكثرها تطوراً في نظام الطاقة الذكية.

1- تعريف الوديعة النقدية

بالرجوع إلى مدونة التجارة، خاصة منها الباب الثاني من القسم
السايع من الكتاب الرابع المتعلق بالعقود البنكية، نجد أن المشرع
تعرض إلى إيداع النقود في ملكتين فقط، حيث عرفه في المادة 509
بكونه:

"العقد الذي يودع بموجبه شخص نقوداً كيفما كانت وسيلة الإيداع، لدى
مؤسسة بنكية بحول لها حق التصرف فيها لحسابها الخاص، مع
إقرارها بردها حسب الشروط المنصوص عليها في العقد".

1045- ويعبر أحد رجال العلم القانوني عن هذه الأهمية التي تكتسبها الوديعة النقدية
بقوله:

"إن الودائع المصرفية هي بواة الحسابات المصرفية وأهم مصدر لتمويل عمليات
الائتم التي تجريها البنوك، ويصدق هذا الوصف أساساً على الودائع النقدية أي
الودائع التي ترد على نقد يتلفها البنك من الربد وتكون له حرية استخدامها في
نشاطه إلى حين رد قيمته وفق للشروط المتفق عليها. وهي صورة تختلف في
جوهرها عن الوديعة العادية التي يلتزم فيها المودع لديه برد الشيء المودع حين
والتي تتحقق في عملية إيداع لأوراق مالية هي البنك كما تختلف عن صورة
أخرى خاصة لعمليات الإيداع في البنك، تتأني بمكين الزبون من استخدام خزنة
له بالبنك وتعرف لذلك بإيجار الخزائن الحديدية"
- محمد السيد الفقي، مرجع سابق، ص 333.

وينبغي ألا يفهم من إيداع النقود أن القصد منه هو العمل على حرمانها من لدى المؤسسة البنكية وتمليها إلى أصحابها عند الطلب أو عند حلول أجل الرد المتفق عليه، وإنما تمكن هذه الأخيرة من تكوين رصيد من المخزونات لاستعماله في مختلف العمليات التي تجريها خاصة منها عمليات منح الائتمان.

ولتحقيق هذه الغاية عمليا يعتمد البنك إلى فتح حساب للربح للمودع يسمى "حساب رديعة" أو "حساب شيكات" تتم تحديثه لما بالإيداع نقدي مباشرة أو بنتائج الشيكات التي يحصلها البنك المودع لديه لعائدة الزبون.

2- الالتزام برد الوديعة النقدية

لقد أكد المشرع في المادة 510 على التزام أساسي تتحمل به المؤسسة البنكية، ألا وهو الالتزام برد الشيء المودع، والذي لا يمكنها التحلل منه ولو تدرعت بحالة لقوة القاهرة، بقوله: "لا يتحلل المودع لديه من الالتزام بالرد، إذا أدى تبع لأمر غير موقع من طرف المودع أو وكيل عنه إلا إذا كل هناك حجز. لا يتحلل من الالتزام بالرد في الحالة التي يفقد فيها النقود المودعة نتيجة لحالة قوة القاهرة".

والجدير بالذكر، أن المشرع يوفر لأصحاب الودائع النقدية الموصوعة بالبنوك حماية خاصة في حالة تعرض هذه الأخيرة للتصفية حيث خصص الباب الثالث¹⁰⁴⁶ من القسم السادس من القانون رقم 103.12¹⁰⁴⁷ لنظام ضمان الودائع.

¹⁰⁴⁶- المواد من 128 إلى 142.

¹⁰⁴⁷- تحت عنوان: "الرقابة الاحترازية للكلية ونسوبة صكوبات مؤسسات الائتم".

وفي هذا الصدد، يحدد - أحدث - علاوة على صندوق ضمان ودائع البنوك التملوكية¹⁰⁴⁸ - صندوقاً جماعياً لضمان الودائع لأجل حماية المودعين من أجل تعويضهم في حالة عدم توفر ودائعهم أو جميع الأموال الأخرى القابلة للإرجاع، وكذا - على وجه الاحتياط والاستثناء - تقديم مساعدات قسمة للإرجاع لمؤسسة تتم في وضعية صعبة، أو المساهمة في رخصاتها.

كما أحدث شركة مساهمة تسمى "الشركة العميرة" عهد إليها بتدبير هذا الصندوق، وبالمساهمة في تسوية صعوبات مؤسسات الائتمار تطبيقاً لأدتر تحملات يحدده بنك المغرب.

ثانياً: إيداع السندات

جرى العمل على أن يقوم أصحاب القيم المنقولة والسندات الأخرى القابلة للتداول بإيداعها لدى مؤسسة بنكية، فيتحركون بذلك من عبء حفظها وإدارتها، لاسيما وأن هذه الأخيرة تتوفر على الأسباب الكافية للانتمال والوسائل اللازمة بحسن إدارتها.

والملاحظ، أن المشرع المغربي بعد أن تناول إيداع البنود في المادتين 509 و 510 من مدونة التجارة، تعرض في المولد من 511 إلى 518 منها لإيداع السندات التي منقصر منها على بعض المقضيات.

1- السندات القابلة للإيداع

تشمل السندات القابلة للإيداع انطلاقاً من المادة 511 من مدونة التجارة، للقيم المنقولة والسندات الأخرى القابلة للتداول التي يحكمها

¹⁰⁴⁸ - المنصوص عليه في المادة 67 من القانون رقم 12 103

القانون رقم 3594¹⁰⁴⁹ المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول¹⁰⁵⁰ تلك السندات التي تتمثل في شهادات الإيداع وأنون شركات التمويل وأوراق الخزينة.

- شهادات الإيداع، سندات تصدرها للبنوك وتكون قابلة للتداول وفق للشروط المنصوص عليها في القانون المذكور أعلاه، وتتضمن التزام مصدرها بإرجاع مبلغ منتج لفائدة، عند حلول أجل معين¹⁰⁵¹

- وأنون شركات التمويل، سندات تصدرها شركات التمويل وتمثل الحق في دين بفائدة لمدة محددة، وتكون قابلة للتداول وفق للشروط المنصوص عليها قانوناً¹⁰⁵².

1049- القانون رقم 3594 الصادر بتأييد الظهير الشريف رقم 1953 بتاريخ 26 يناير 1995 المتعلق ببعض سندات الديون القابلة للتداول. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4293 في 8 فبراير 1995 من 294

1050- إنها تبعاً لما يستف من المادة 1 من القانون رقم 3594، السندات التي تمثل حقوقاً في ديون وتصدر بإرادة المصدر وتتضمن شهادات الإيداع وأنون شركات التمويل وأوراق الخزينة

وعلا بالمادتين 7 و13 منه، فإنه لا يجوز إصدار هذه السندات إلا من طرف الأشخاص المعنوية الحاصصة للقانون المغربي، ولا تقيدها في الحساب، إلا لبنك المغرب والبنوك المشار إليها في المادة 2 من القانون رقم 3594 وشركات التمويل المنصوص عليها في المادة 5 منه.

وبالرجوع إلى المادتين المحال عليهما، نجد أن تصنيفهما بما يلي - شهادات الإيداع، سندات تصدرها البنوك المشار إليها في الفقرة 2 من المادة 10 من الظهير الشريف المنشور بمثابة قانون رقم 1.93.147 بتاريخ 15 محرم 1414 (6) يوليوز 1993) المتعلق بشروط مؤسسات الائتمان ومراقبتها. "لا يجوز أن تصدر أنون شركات التمويل المشار إليها في المادة 3 ... إلا من شركات التمويل التي يسمح لها أن تتلقى من الجمهور أموالاً لأجل يزيد على سنتين وتراعى نسبة احتياطية قصوى بين جاري الأموال المصدرة وجاري استردادها في شكل قروض مبدوعة للعملاء وتحدد النسبة المذكورة بمقتضى تطبيقها".

1051- انظر المادة 2 من القانون رقم 3594.

1052- تنص المادة 3 من القانون رقم 3594 على:

- لم أوراق الخريضة، فهي عبارة عن سندات تصدرها الأشخاص المعنوية التي تتوفر فيها الشروط المطلوبة قانوناً، وتمثل بدورها الحق في دين بفائدة لمدة محددة وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها قانوناً 1053.

2- الالتزام بحفظ السندات وإدارتها وردها

تترتب عن عملية إيداع السندات التزامات متعددة يتحملها البنك بصفتها مودعاً لديه، منها مثلاً الالتزام بحفظ السندات والالتزام بردها دون أن تسمى أيضاً قيامة بعصيات تفرصها إدارة هذه السندات.

ولما كانت ودعة السندات بأجر، فإنه يتعين على المؤسسة البنكية أن تضمن حراستها، وأن توليها العناية اللازمة التي تفرصها

"لأن شركات التمويل، سندات تصدرها شركات التمويل المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة 10 من الظهير الشريف...المعتبر بمثابة قانون رقم 193 147 بتاريخ 15 محرم 1414 (6 يوليوز 1993) وتتوافر فيها الشروط المقررة في المادة 5 بعده، وتمثل الأثر المذكورة الحق في دين بفائدة لمدة محددة، وتكون قابلة للتداول وفق الشروط المنصوص عليها في هذا القانون". 1053- ذلك ما ورد في المادة 4 من القانون أعلاه، التي تحيل على المادة لمدة 6 منه التي جاء فيها ما يلي:

"لا يسمح بإصدار أوراق الخريضة، إلا للأشخاص المعنوية غير الأشخاص العشر إليها في المادتين 2 و3 من هذا القانون، على أن تكون منتظمة إلى إحدى الفئات التالية:

- شركات الأسهم المتوفرة على أموال ذاتية في شكل رأس مال مدفوع ومدخرات... إذا كان مستوى الأموال المذكورة لا يقل عن خمسة ملايين درهم.
- المؤسسات العامة ذات الطابع غير المالي التي تتوفر على أموال ذاتية في شكل محصيات للدولة ومدخرات... إذا كان مستوى الأموال المذكورة لا يقل عن خمسة ملايين درهم.

- للتعاونيات الحاصصة لأحكام القانون رقم 24.83 للمتعاقب بتحديد النظام الأساسي العام للتعاونيات... والمتوفرة على أموال ذاتية في شكل رأس مال مدفوع ومدخرات... إذا كان مستوى الأموال المذكورة لا يقل عن خمسة ملايين درهم.

وظائفها وكذا الاعراف الشككية باعتبارها مؤسسة تعترف تلقى ردع من هذا النوع ¹⁰⁵⁴.

وبمستقيم ذلك عدم جواز التقاضي عنها إلا بناء على تعليمات كتابية من المودع ¹⁰⁵⁵ وعدم جواز استعمالها أو ممارسة الحقوق المترتبة عنها في غير مصلحة المودع ما لم يشترط خلاف ذلك صراحة ¹⁰⁵⁶.

وبهذه البنك في إطار هذه التوجيهات بعض العمليات التي تقرصها إدارة السندات، منها تحصيل مبلغ الفوائد والأرباح وما يسترجع من رس المال وما يدفع عن الاستهلاك، وتفيد المبالغ المحصلة في حساب الاطلاع المقترح باسم المودع، وإجراء سائر العمليات التي يكون من شأنها المحافظة على الحقوق المرتبطة بالسندات، كالتجميع وتجهيز القسومات والتعم عليها وغير ذلك.

وينبغي على المؤسسة الشككية أيضاً أن تترك - وبالمكان الذي حصل فيه الإيداع - لم يتفق على غير ذلك - السندات المودعة ذاتها أو مثلاً عند الاقتضاء خلال الأجل التي تقرصها شروط حفظ التوجيه، في المودع أو للأشخاص المعيين من طوره - أو لورثته في حالة وفاته أو لمن يبوب قانوناً عن هذا الأخير - ولو تبين منها أنها ملك للغير ¹⁰⁵⁷.

1054- صلا بما تنص به المادة 513 في الفقرة 1.

1055- حسب تعبد به من المادة المذكورة في الهامش السابق في الفقرة 2.

1056- وهو ما نص عليه المادة 512.

1057- أنظر المادة 517 من مدونة التجارة التي تحيل على الفصل 800 من قانون الائتمانات والعقود، الذي جاء فيه ما يلي:

"لا تترك التوجيه عند موت المودع إلا لورثته أو لمن يبوب قانوناً عن هذا الورث، وإذا تعدد الورثة، كل المودع عند التجار بين أن يدفع الأمر للعاصي وإجراء ما يلزم به لإعلاء المسؤولية عنه، وبين أن يرد التوجيه للورثة كل بقدر نصيبه، وهذا يتحمل مسؤولية فطه.

ولا كل الشيء المودع غير قابل للتبعض، وجب لتسلم الورثة ياء انتقالهم فيما بينهم على ذلك.

ولا كل من يبوب قانوناً أو شائناً، لم يسع رد التوجيه إلا بين العاصي.

وكذا إعلان المودع بكل مطابقة تتعلق بها، والتي لا تحول دون الرد إلا
بمجرد قضائي

الفقرة الثالثة: التحويل

يذكر عملية التحويل التقليدية، شأنها في ذلك شأن سائر العمليات
التي يقوم بها البنك، لكن في السنوات الأخيرة، ومع مرور تكنولوجيا
الحسابات والاتصالات لمختلف منسحي الحدة، ظهرت التحويل البنكي
الإلكتروني، الذي يعيد نقل مبلغ مالي من حساب بنكي إلى حساب آخر
بواسطة قيد المبلغ أيا

وبمعنى آخر، فإن عملية التحويل البنكي الإلكتروني أداة لتداول
المبلغ المدونة في الحسابات البنكية باعتبارها نفودا إلكترونية تؤدي إلى
إلغاء بالنيون دون حاجة إلى نقل النقود مائيا، إذ يكفي أن يصدر
التميز إلى البنك أمرا بتحويل مبلغ إلى حساب دائنه فترا بتمه تجاه هذا
الآخر بمجرد التقيم بعملية قيد للمبلغ المطلوب في حساب الدائن عبر
الحاسب الآلي للبنك.

ولا يحصى ما تطرحه عملية التحويل البنكي الإلكتروني من
إشكالات قانونية، كتحديد طبيعتها القانونية، وتحديد القانون الواجب
للتطبيق عليها إذا أجريت بين مصرف موجودة في دول مختلفة، ننظر
تأثيره من قبل المشرع المغربي - مواكبة منه لمتطلبات العصر
الحديث ومنها رقمنة العمل البنكي اعتبارا لأهميته في النسيج
الاقتصادي - سواء في مدونة التجارة، التي منذ تسعينيات القرن

فإذا لم يتفق الورثة، أو لم يحصلوا على إذن القاضي، كان للمودع عدة أن يرى
دعته بإيداع الشيء في المحل المخصص للأمانات على وفق ما يقضي به القانون.
وبمعنى أيضا أن يلزمه القاضي بإجراء هذا الإيداع بناء على طلب كل من له
مصلحة. عند إحصاء التركة، وعند وجود وصايا، يجب على المودع عنده رفع
الأمر للقاضي".

المضني لم تعرف إلا تعديلات طفيفة، أو في القانون البنكي، لأن المتضبات الواردة فيه لا تكفي بداتها لاحترام هذه الإشكالات.

والتحويل السكي - أو النقل المصرفي - عموماً هو بمثابة عملية تقوم أساساً على نقل مبلغ من حساب إلى حساب آخر عن طريق إجراء قيد في الحسابين، وهي تكلل تسوية المعاملات بين الأشخاص بسهولة ونسي عن استخدام النقود وتعد بالنسبة للزبون الأمر وفاء مبرئاً للذمة بفرد مبلغ التحويل في حساب المستفيد.¹⁰⁵⁸

أولاً: معنى التحويل البنكي

نظراً لأن البنك يقوم من خلال هذه العملية بالوفاء ونقل مبلغ نقدي من حساب بنكي إلى حساب آخر، فإن اتجاهها في الفقه الحديث يذهب إلى اعتبار التحويل البنكي أداة للوفاء بتسليم نقود كتابية، ومنه أيضاً من يرى أن كلا من التحويل والإشعار بالاقطاع¹⁰⁵⁹ خدمة بنكية ترتكز أساساً على نقل النقود من حساب بنكي إلى حساب آخر مع فارق بسيط يكمن في كون التحويل يتم في صورته العادية في شكل عملية مفردة في حين أن الإشعار بالاقطاع يتم في الأصل لتسوية المعاملات التي يطبقها عنصر الامتدادية والتكرار.

1058- مصطفى كمال طه، مرجع سابق، ص 124.

1059- قصد مراجعة تعدد وتكرار العمليات التي يجريها الرباء بصفة مستمرة في إطار تسهيلهم لخدماتهم البنكية، ولتيسير تنفيذها سواء من جانب صاحب الحساب أو من جهة نقله، ابتكرت البنوك هذه الخدمة التي تنبني على اتفاق الطرفين على المسير أمام دئنا لمؤسسة البنكية بالاقطاع من حساب البنكي المفتوح لديها، لمبلغ ونقد نظيرة الإشعار بالاقطاع، صورة متطورة للتحويل البنكي التي رغم أنها غير منظمة ببعض قانوني خاص في بلدنا، إلا أن البنوك تتعامل بها مع ربنقتها - محمد تروحي، المقود البنكية بين صورة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 289 ومن 290.

المؤسسة العامة للمصارف، الحقوق المالية والتجارية والبنكية

هذا باختصار عن التحويل البنكي كما صاغته بعض أعلام رجال
البنك الفرنسي، أما على مستوى التشريع وخاصة هذه المخرجة، فنجد أن
مدرسة التجارة تناولته في المواد من 519 إلى 532 من كتابها للربيع
وعرفته في الفقرة الأولى من المادة 59 بما يلي:
"التحويل عملية بنكية يتم بمقتضاها إنقاص حساب المودع بناء على
أمره الكتابي بذكر مبلغ معين يهدى في حساب آخر"، ولصاغت قتلعة في
الفرق بين الأخيرتين منها
تمكن هذه العملية من:

- 1- نقل مبلغ نقدي من شخص إلى آخر لكل منهما حساب لدى المؤسسة
البنكية أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين.
- 2- نقل مبلغ نقدي بين حسابات مختلفة مفتوحة باسم نفس الشخص لدى
المؤسسة البنكية ذاتها، أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين.
- 3- كان المستفيد من التحويل مكلفا بنقل المبلغ إلى الجانب الدائن من
حساب شخص آخر، وجب ذكر اسم هذا الأخير في أمر التحويل.

وهو نص لم يكتف فيه المشرع - حسب نظريا - بتحديد مفهوم
التحويل كعملية بنكية، وإنما أشار فيه أيضا إلى مجموعة من المقتضيات
التي ترتبط بأجرائه.

وعلى كل حال، فإن التحويل البنكي عملية تنطوي على فائدة
مؤكدة تلك أن مناطها هو نقل الحقوق المالية المقيدة في حسابات بنكية
وليس النقود ذاتها، وهي قد تكون إما من حساب شخص إلى حساب
شخص آخر لدى نفس البنك، أو لدى بنكين مختلفين، كما قد تتم بين
حسابات مختلفة لشخص واحد أي لنفس الزبون لدى نفس البنك
أو لدى بنكين مختلفين.

وعليه، فإن التحويل البنكي عبارة عن عملية تستهدف تفريغ
حساب شخص يسمى "الأمر" - وهو الطرف المدين - من مبلغ نقدي
معين وقبده في الجانب الدائن لحساب آخر قد يكون باسم الأمر نفسه، أو
باسم شخص آخر يسمى المستفيد.

ثانياً، شروط إجراء عملية التحويل البنكي وأثرها

إن التحويل البنكي عملية تتطلب من حيث الشروط وجود حسابين بنكيين لكي يتم نقل مبلغ مالي من أحدهما إلى الآخر، سواء أكان أحدهما الحساب مفتوحين معاً باسم الأمر أو باسم شخصين مختلفين، وسواء أكانا مسرولين معاً من طرف نفس البنك الصادر إليه الأمر أو من طرف بنكين مختلفين، هذا إلى جانب أن يكون الهدف من هذه العملية نقل مبلغ من النقود من حساب إلى آخر، وأن يصدر الأمر بالتحويل كتابة.

ولتنفيذ هذه العملية، يشترط إصدار أمر من شخص يملك حساباً بنكياً -دعى الأمر- إلى البنك مشتملاً على جميع البيانات اللازمة التي من شأنها أن تسمح لهذا الأخير بإيقاض حسابه بمبلغ نقدي، ونقله إلى حساب آخر يكون هو المستفيد من هذه العملية، ومتضمن على وجه الخصوص اسم الشخص الذي سيفيد في الجانب للدائن لحسابه، المبلغ المنقول بواسطة هذه العملية.

والجدير بالذكر، أن الأمر بالتحويل يقع صحيحاً سواء تعلق بمبلغ مقدرة بحساب الأمر، أو بمبلغ سيتم تقييده في الجانب للدائن لحسابه في الأجل المتفق عليه مع البنك.

وتترتب عن التحويل البنكي مجموعة من الآثار القانونية منها أن المبلغ الصادر بشأنه أمر التحويل إلى المؤسسة البنكية يصبح حقاً للمستفيد ابتداء من وقت تقييده في الجانب المدين لحسابه هو، حيث لا يجوز له بعدئذ التراجع عن هذا الأمر لأن المبلغ المذكور أصبح منذ ذلك الوقت في ملكية المستفيد من التحويل.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإنه ضمناً لعملية حقوق المستفيد خلال الفترة لفصيلة بين تاريخ تقييد المبلغ في الجانب للدائن لحسابه وبين تاريخ تقييده في الجانب المدين لحساب الأمر، نص المشرع على إبقاء الدين الذي صدر أمر التحويل وفاء له قائماً بكل

صداقته وتوابعه إلى أن يقيد المبلغ المحول فعلا في الجانب الدائن من حساب المستفيد

فتلك إذا أحصا البنك عدد قيامه بتقيد أمر التحويل للصائر إليه من ربه بـ ١٠٠٠ شكّل أو بأخر^{١٨٦٠} فيه يمكنه الرجوع لأمر إلى لصالحها الصحيح

وإذا كلى الأمر هو السب في وقوع البنك في الخط الناتج عنه نقل المبلغ موضوع عملية التحويل إلى شخص آخر غير المستفيد الحقيقي فيه يجوز للبنك الرجوع على الأمر بالمبلغ الذي تم تحويله إذا تعذر عليه استرداده من المستفيد.

لما إذا كانت البيانات المدرجة في أمر التحويل شامضة بشكل ظاهر للعيان، فإنه لا يجوز للبنك في مثل هذه الحالة الرجوع عليه ولو تعذر عليه استرداد المبلغ المذكور من الشخص الذي استفاد منه.

ثم إن البنك الذي يمسك حساب الأمر بالتحويل يسأل تجاه هذا الأخير عن كل تأخير غير عادي في تقيد أمره، مسؤولية الوكيل الذي يتعين عليه أن يبذل في القيام بمهمته عالية لرجل المتبصر، بل إن مسؤولية البنك لا تقف عند حد جبر لصير النتائج عما قد يرتكب من خطأ في تقيد الأمر للصائر إليه من صاحبه، وإنما يشمل أيضا لخطأ البنوك التي تحل محله في إتمام عملية التحويل.

١٨٦٠- كل بجر عملية التحويل من دون أمر صادر إليه من صاحب الحساب، أو أن يقع في غلط في شخص المستفيد أو في مبلغ الواجب نقله إليه مثلا.

المطلب الثاني العقود المتعلقة بالائتمان البنكي وضماناته

تعتبر البنوك إلى جانب شركات التمويل مؤسسات الائتمان في
التفريع المصرفي، وبالتالي، فإن مهمتها لا تنحصر في تلقي الودائع
وإرجاعها وإرجاعها إلى أصحابها عند الطلب أو في الميعاد المتفق
عليه، وإنما تسعمل الودائع النقدية التي تكون بمثابة مخزونات لديها
وإجراء العمليات الائتمانية وهكذا فإن الإيداع البنكي بمختلف صورته لا
يشكل النشاط الرئيسي للبنوك بل يعد جزءا منه فقط.

وإذا كان الأصل في العمليات الائتمانية التي تقوم بها، تتأسس
على ثقة بزيادتها للمستفيدين من الائتمان، إلا أن هذا لا يغنيهم من
السعي إلى الحصول على ضمانات شخصية أو عينية بطرق التسهيلات
الائتمانية التي تقدمها لزيادتها.

وبناء عليه، فإن دراستنا لهذا المطلب تقتضي أن نتعرض من جهة
بعمليات الائتمان البنكي ومن جهة أخرى لضماناته وذلك على الشكل
التالي:

الفقرة الأولى : عمليات الائتمان البنكي

يتميز الائتمان البنكي بالتنوع نظرا لتعدد واحتلاف العمليات التي
تجريها البنوك في هذا المجال باعتبارها مؤسسات محترفة تتولى مهمة
إشباع حاجيات زبائنها.

ولعل من أهم الحالات شيوعا في الائتمان البنكي الذي تمنحه
البنوك في شكل مبالغ نقدية تسلمها للمستفيدين من تلك جد فتح الاعتماد
والحسم.

أولاً: فتح الاعتماد

يعتبر فتح الاعتماد والاعتماد المستندي، من أبرز الاعتمادات البنكية¹⁰⁶¹ إلا أن المشرع المغربي نظم الأول دون الثاني مع أنه يعرف نزاعات كثيرة تعرض على لطر قضائيا الذي يطبق بشأنه القواعد والعادات الموحدة الموضوعة من قبل غرفة التجارة الدولية والمصادق عليها من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي¹⁰⁶²

وبعبارة أخرى، فإنه نظرا للمشاكل القانونية التي تطرحها التجارة الدولية، فإن المجتمع التجاري الدولي عمل جاهد على إيجاد

1061- تنقسم الاعتمادات البنكية إلى عدة أنواع منها الاعتمادات بحسب منتها، وهذه تنقسم إلى اعتمادات قصيرة أو متوسطة أو طويلة الأجل، والآخر هي أنها قصيرة الأجل، لأن البنوك تعتمد في منحها على ما تحصل عليه من ودائع نقدية، وهي وحدها تسمح بعودة السعور بسرعة وبكيفية مستمرة إلى خزنة البنك، فيمكن من مواجهة طلبات استرداد الودائع. وبحسب صيغاتها تنقسم إلى اعتمادات مصنوعة بتأمينات شخصية كالكفالة، وأخرى غير مضمونة بأي تأمينات، بحيث تمنح للربو اعتبارا ثقة البنك في بصره وملاءته المالية

وبالنظر إلى طريقة تقديمها، تنقسم إلى اعتمادات نقدية يقدم فيها البنك نقودا إلى زبونه أو بعده بذلك، وهذا هو الوضع العادي، واعتمادات يقدم فيها هذا الأخير على مجرد إفادة العميل من تربيعة وتمكينه من الحصول على ثقة لغير كما هي الاعتماد بالقبول والكفالة البنكية، واعتمادات تتم بطريق لخراسة أي أن البنك يقدم قروضا لزبونه، واعتمادات تتم بخضم الأوراق التجارية، وجميع هذه الاعتمادات قد تكون مسبقة أو غير مسبقة بفتح الاعتماد.

- مصطفى كمال طه وعلي لبارودي، القانون التجاري، الأوراق التجارية الإفلاس، العقود التجارية عصيات البنوك، طبعة سنة 2001 من 643 و 644. 1062 تعتبر غرفة التجارة الدولية -التي أنشئت سنة 1919 وأخذت من مدينة باريس مقرا لها- من الهيئات غير الحكومية المهمة بتوحيد قانون التجارة الدولية بل يمكن القول إنها منظمة رجال الأعمال في العالم التي وجدت لكي تحقق وتحافظ على مبدأ حرية التجارة الدولية، وتسبق وتيسر النشاط التجاري، وتمثل رجال الأعمال على المستوى الدولي، وقد أصدرت هذه الغرفة قواعد خاصة بالتحكيم التجاري الدولي ونقل البضائع والاعتماد المستندي وغيرها.

حلول لها، استقفا من العرف التجاري الدولي وصاغها في إطار قواعد موحدة تحكم النشاط التجاري الدولي، وذلك بصرف النظر عن طبيعتها النظم الاقتصادي لكل دولة على حدة.

وهكذا ظهر الاعتماد المستندي كوسيلة لتسوية النزاعات الناشئة عن معاملات التجارة الدولية، إذ يتصل اتصالا وثيقا بالبنوك البحرية، ولا تزال أهميته على إثر تطور ولادها الاستيراد والتصدير في شتى أنحاء العالم.

ونظرا للدور الطلائعي الذي يلعبه على صعيد هذا النوع من التجارة، فإن مجموعة من التشريعات المقرنة حصصت له مقتضيات ضمن قوانينها التجارية، كما هو الحال بالنسبة لقانون التجارة البحري رقم 7 لسنة 1987¹⁰⁶³ وقانون التجارة القطري رقم 27 لسنة 2006¹⁰⁶⁴.

هذا، وتلخص عملية الاعتماد المستندي في قيام البنك بفتح اعتماد بدء على طلب زبونه المشتري، لفائدة البائع، بتعهد له فيه بن دفع إليه ثمن البضاعة موضوع العملية التجارية بعد توصله بمستندات شحنها وفحصها إياها.

أما لخصائصها في التجارة الدولية فهم، الزبون أو المشتري، الذي يتقدم إلى بنك بفتح اعتماد مستندي لفائدة البائع من أجل أداء ثمن البضاعة التي منبئها هذا الأخير بالمستندات المتعلقة بها، والمستفيد أو البائع، الذي يصدر الاعتماد لفائدته والذي تصرف إليه قيمة الاعتماد لما يتقدم بمستندات شحن البضاعة ثم للبنك المعلن، أي بنك المشتري الذي يعين على فتح اعتماد مستندي بدء على طلبه، ويلتزم إزاء المستفيد بدفع قيمة هذا الاعتماد مقابل توصله بمستندات شحن البضاعة، وكذا لبنك المبلغ بـ البنك المرسل، الذي ينبغي للمستفيد بحطب الاعتماد لمراد عليه من البنك المعلن.

¹⁰⁶³ - انظر المولد من 317 إلى 326 م.د.

¹⁰⁶⁴ - انظر المولد من 386 إلى 399.

والحذير بالإشارة، أن دواعي السرعة التي تقتضيها المعاملات التجارية، قد تدفع البنك فاتح الاعتماد إلى الاستعانة بذلك آخر في بلد المستفيد لتأيد الاعتماد. يسمى البنك المزيّد، الذي يقوم مقام البنك فاتح الاعتماد في علاقته بالمستفيد، حيث يلتزم بدفع قيمة الاعتماد إليه بعد فحص المستندات التي يدرسها وكل الوثائق المتعلقة بالمعاملة¹⁰⁶⁵.

لما فتح الاعتماد¹⁰⁶⁶ الذي نقاوله المقترح المغربي، كفقد من العقود البنكية، في المادتين 524 و 525 من مدونة التجارة، فهو كسابقه يندرج في عداد الاعتمادات البنكية أي عمليات الائتمان التي تجريها البنوك والتي تقوم على وضع الثقة في الزبون أو ضمان البنك له والتي يعد القرض أقدم وأبسط صورة لها، إذ يهرجه باسم البنك القرض مباشرة إلى الزبون أو تقيده في الجانب الدائن لحسابه بمراجعة يسره وأمانته.

والعالم أن يكون المقرض من غير التجار، ويتعلق القرض بتلبية حاجاته الاستهلاكية، بعكس التاجر الذي تنتم حاجته الخاصة بمقاولته بالتجديد والاستمرارية، لذلك كل لابد من إيلاء مصدر مالي يناسب مع طبيعتها، بحيث تتيح للزبون سحب المبالغ الموضوعة تحت تصرفه تدريجيا وبالقدر الذي تقتضيه متطلبات تجارته، دون أن يدفع فوائد عن المبالغ التي لم يتم سحبها، وهذا هو فتح الاعتماد، الذي يرتبط

1065- راجع بهذا الخصوص:

- محمد جليل، العمليات البنكية المباشرة: الحساب بالاطلاع. الاعتماد المستندي. قرض والحصم. دراسة قانونية وفقهية وقضائية منحة طبقا لأحدث التعديلات في القوانين المغربية والقوانين المقارنة. طبعة سنة 2010 من 126 إلى 128 إلى 130 و 136.

وفيما يتعلق باجتهادات القضاء المغربي في هذا الإطار، انظر مثلا:
- نيل أبو مسلم، الدليل العملي في المناقصات البنكية من خلال رصد أهم مرافق القضاء المغربي. طبعة سنة 2010. من ص 249 إلى ص 265.
1066 مفهوم الاعتماد في المجال البنكي هو الثقة التي تمنحها مؤسسة الائتمان لزبونها لتمكنه من الحصول على ثقة الآخرين به.

تقنيا بالفترة على الوفاء التي يراد بها حالة التوازن التي تمكن المدين من أداء ديونها في أي وقت، الشيء الذي يجعله محكوما بقواعد حسن تعامله مع طبيعته المتميزة، والتي سنبينها فيما يلي .

1- تعريف فتح الاعتماد وحصلته

1- تعريف فتح الاعتماد

عرفت الفقرة الأولى من المادة 524 من مدونة التجارة فتح الاعتماد بقولها:

"فتح الاعتماد هو التزام البنك بوصف ومقابل للأداء¹⁰⁶⁷ تحت تصرف المستفيد أو العير المعين من طرفه في حدود مبلغ معين من النقود"¹⁰⁶⁸.

1067- تعتبر وسيلة أداء، وفق مقتضيات المادة 4 من ظهير 6 يونيو 993 المعتبر بمثابة قانون يتعلق بنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها -المحال عليه بموجب المادة 329 من مدونة التجارة- والمادة 6 من ظهير 14 فبراير 2006 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المستترة هي حكمها: "كل وسيلة تمكن كل شخص من تحويل أموال كيما كانت الطريقة أو الحصة التقنية المستعملة لذلك".

وهي وفق مطلق المادة 6 من القانون 103.12: "...جميع الأدوات التي تمكن أي شخص من تحويل أموال كيما كانت الدفعة أو الطريقة التقنية المستعملة لذلك".

تعتبر كذلك وسيلة للأداء النقود الإلكترونية المعرفة كقيمة نقدية تمثل دينا على المصدر والتي تكون:

- مطابقة على دعامه إلكترونية

ومصدرة مقابل تسليم أموال ببلغ لا يقل قيمته عن القيمة النقدية المصدرة. ومقبولة كوسيلة للأداء من قبل الاعمال غير الجهة المصدرة للنقود الإلكترونية" وتؤتي نظم خدمة الأداء أو أكثر من خدمات الأداء للمبينة في المادة 16 من هذا القانون، مؤسسات تدعى "مؤسسات الأداء" التي يمكن لها كذلك أن تزاول عمليات الصرف مع اقتناء مقتضيات المنصوص التنظيمية والتشريعية الجاري بها العمل، كما تنص على ذلك المادة 15 من القانون رقم 103.2.

ومن خلال هذا النص، يتضح أن المشروع ميز بطريقة خير مباشرة عقد القرض عن فتح الاعتماد، الذي بموجبه يصح البنك تحت تصرف الزبون وسائل الأداء كالتخصيم والتحويل وغيرهما علاوة على الائتمان بالقرض.

وعلى العموم، فإن فتح الاعتماد، عقد يتعهد البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف الزبون أداة من أدوات الائتمان، وذلك في حدود مبلغ نقدي معين لمدة محددة أو غير محددة؛ أو هو بصيغة أخرى، اتفاق بين البنك والزبون، يتعهد بموجبه البنك بأن يضع مبلغاً من المال تحت تصرف هذا الأخير خلال مدة معينة يستفيد خلالها من المبلغ المتعهد به بقصد كنه أو بعصه أو بسحب شيكات عليه أو بإصدار أوامر التحويل البنكية، وهي مقابل ذلك يلتزم برد المبالغ المسحوبة وما قد ينشأ عنها من فوائد.

إن خدمات الأداء كما وردت في المادة 16 المشار إليها أعلاه، تتمثل في:

- 1- عمليات تحويل الأموال.
 - 2- الودائع والمضوبات النقدية في حساب أداء.
 - 3- تعهد عمليات الأداء بواسطة أي وسيلة اتصال عن بعد شريطة أن يعمل المتعهد كخط كوسيط بين المزددي ومورد السلع والخدمات.
 - 4- تعهد القطاعات دئمة أو أحادية وتعهد عمليات الأداء بالبطاقة وتنفيذ التحويلات عندما تتعلق بالأموال للموظفة في حساب أداء.
- وتستفيد هذه المادة من نطاق خدمات أداء، عمليات الأداء المفجرة عن طريق:
- 1- شيك كما هو خالص لأحكام مدونة التجارة.
 - 2- كمبالة كما هي حاصصة لأحكام مدونة التجارة.
 - 3- حوالة بريدية صادرة أو مدفوعة نقداً أو بها معا.
 - 4- أي سند آخر معقول على دعامة ورقية.

1068- جاء تقريبا نفس المعنى في الفقرة 1 من المادة 310 من قانون التجارة المصري أن:

"فتح الاعتماد عقد يلتزم البنك بمقتضاه بأن يضع تحت تصرف عميله مبلغاً معيناً من النقود بحيث يكون له حق تناوله دفعة واحدة أو عدة دفعات خلال مدة معينة".

1069- وهذا يعني أنه لا يشترط أن يقوم البنك بتقديم وسائل الأداء فعلاً، وإنما يكفي أن يتعهد بتقديمها متى طلب الزبون ذلك.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إن أبرز خاصية في هذه العقد كونه لا يتطلب تسليم العقود التي تعهد للبك بتقديمها فوراً متما هو الحال في القرض، بل للربون أن يسحب حسب حاجاته المبلغ الموصوع تحت تصرفه، حيث لا يدفع فوائد إلا عن المبلغ الذي سحبه بالفعل، كما لا يدفعها أصلاً فيما لو لم يستخدم الاعتماد، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن المصلحة التي يحققها يستفيد منها البنك إذا علم أن العقود التي لم يسحبها تظل كسيولة نقدية لدى هذا الأخير، يوظفها في عمليات استثمارية أخرى، كما يستفيد منها الربون ما دلم أن سريان الفوائد¹⁰⁷⁰ في مودعته، لا يحسب إلا من تاريخ سحب مبلغ الاعتماد أو جزء منه

ب- خصائص فتح الاعتماد

ينتج عن فتح الاعتماد بعدة خصائص، منها أنه فصلا عن اعتماد يترصص طرفيه، فالعالب أن تزد شروطه كتابية، كتحديد قيمته وسعر الفائدة وغير ذلك من الشروط التي تعتبر أساسية، وهو عقد معاوضة لا لبك يعطي الائتمان مقابل عمولة يدفعها الربون نظير وسائل الأداء التي يصعبها للبك تحت تصرفه لتحقيق حاجياته، وعقد يركز على الاعتبار الشخصي، ذلك أن عنصر الجدارة بالنقطة أو الائتمان الذي يمتد إلى يصر الربون وحسن سلوكه - هو الذي يجعل البنك يتعاقد معه وكلما انتفى هذا الاعتبار لقاء سريان العقد - كان يتوقى الربون أو يخضع للتسوية أو التصفية الفصلية - إلا وأمكن إنهاء هذا الأخير، وفي هذا السياق نجد المادة 525 من مدونة التجارة تخول للبنك قبل الانسحاب لرب حترام الأجل المتفق عليه عند توقف المدين عن الدفع أو تركه خطأ جسيماً، وكل اتفاق على خلاف ذلك يعرض البنك للمسؤولية المالية.

¹⁰⁷⁰ تشكل الفوائد التي هي فوائد تجارية عنصرها مهما من عناصر فتح الاعتماد وبالتالي فإن سعرها يختلف عن سعر الفوائد المدنية

كذلك، فإن الزمن يلعب دورا بارزا في هذا النوع من العقود؛ إذ هو المقياس الذي يقدر به محله، ولأن الائتمان لا يوجد إلا إذا كان هناك فاصل زمني بين ما يقدمه مانح الائتمان وما يسترد من المستفيد منه، لكونه العنصر الذي من شأنه أن يخلق الثقة لدى الأول في الظروف الثاني بانهك عن أن فتح الاعتماد الذي يتحلل في صميم النشاط الذي تزاوله البنوك خاصة مع العمليات الائتمانية، بعد أيضا عملا تجاريا بالنسبة للبنك من البند السابع من المدة السابقة من مدونة التجارة ويكون تجاري أو مدني بالنسبة للزبون بحسب صفته - تاجر أو غير تاجر والعرض الذي يحصل له الاعتماد.

وعقد فتح الاعتماد يقترن عادة بعقد آخر هو الحساب الجاري حيث يصح البنك المبلغ المعتمد في الجانب لداين للزبون، فينسى له أن يتصرف برصيد الحساب طيلة المدة المحددة للاعتماد.

وتستحق هذه الحصائير في ملائمة الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد، لعل أنه ليس قرصا، لأن القرص يفترض تسليم مبلغ من النقود إلى الزبون فور انعقاد العقد، أما في فتح الاعتماد، في الزبون قد لا يكون في حاجة إلى هذا المبلغ فورا وإنما يرد له بعد حاجته في المستقبل، لذلك يلتزم البنك بوضع هذا المبلغ تحت تصرفه خلال مدة معينة، والراجح أن عقد فتح الاعتماد يعتبر رعا بالقرص من جانب البنك ويتحول إلى قرص حينما يطلب الزبون استعمال المبلغ الذي وضع تحت تصرفه.

والجدير بالإشارة، أنه بمجرد إبرام عقد فتح الاعتماد تستحق العموية سواء استخدمه الزبون أو لم يستخدمه، كما تستحق لفائدة ابتداء من تاريخ المسحب بقدر المبلغ المسحوب.

2- اعتماد عقد فتح الاعتماد وانقضاؤه

في خصوصية فتح الاعتماد كعقد ينصوي تحت عمليات الائتمان البنكي، جعلته يستأثر باهتمام التشريع والفقه والقضاء، ليس فحسب على مستوى تحديد مفهومه ومحاولة إبراز طبيعته القانونية، ولكن أيضا على مستوى تبيان شروط انعقاده وأسباب انقضائه مع ما يترتب على ذلك من آثار تسري في مواجهة طرفي العقد أي البنك والربون.

ويخضع عقد فتح الاعتماد من حيث انعقاده كمائر العقود للفواعد العامة، نكن نظرا لكونه عقدا تجاريا بنكيا؛ فإنه يتطلب قواعد أخرى خاصة به.

صحيح أن الأصل في العقود الرضائية، إلا أنه بالنسبة لفتح الاعتماد هو عقد يمطي، أو عبارة عن تعودح في صيغة عقبية، اقتضت لممارسة البنكية، يتصمر جميع الشروط العامة، من ذلك الحد الأقصى لمبلغ الاعتماد، راحل وكيفية استدعائه من قبل الربون إلى غير ذلك ثم يتم التوقيع عليه من الطرفين أي البنك والمدين عند حصول الاتفاق فيما بينهما، علما أن العقود البنكية عموما هي عقود تحلصت من الحرية التعاقدية لتصبح عقود إعلان.

ولا بد في هذا العقد أيضا، من توفر الأهلية لدى طالب فتح الاعتماد سواء كن شخصا طبيعيا أو معنويا، وعلى البنك أن يتحقق من توفرها بما لديه من آليات ووسائل للتخري عن شخصية الربون ومركزه المالي، وذلك من أجل تفقاء المخاطر المرتبطة بمنح الائتمان عن طريق حصوله على ضمانات عينية أو شخصية إلى جانب قيامه بمراقبة كيفية استخدام الاعتماد من جانب الربون¹⁰⁷¹.

-1071

voir à ce propos .

- Michel Vasseur la responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit.

Edition 1978.P 64

وبما أنه يقوم على الاعتبار الشخصي، فإنه يكون قابلاً للإبطال إذا
استعمل الزبون طرفاً احتيالية لإيقاعه في العطف، ونفس الاعتراض لا
يجوز لهذا الأخير التنزل عن الاعتماد لشخص آخر دون موافقة البنك
وهو ما يتماشى مع منطوق المادة 425 من قانون المعاملات التجارية
الإماراتي مثلاً التي تنص بأنه:

"لا يجوز حوالة الاعتماد دون موافقة المصرف الذي قام بفتحه".

غير أن هذا لا يمنع الزبون من توكيل غيره في استخدام الاعتماد
الممنوح له حسبما يستتف من المادة 524 من مدونة التجارة في معرض
تعريفه لفتح الاعتماد حيث ذهبت إلى أنه "لتزام البنك بوضع وسائل
الاداء تحت تصرف المستفيد أو الغير المعين من طرفه".

ويرتّب فتح الاعتماد بعد انعقاده صحبها التزامات متبادلة على
علاق طرفيه؛ إذ من جهة البنك، يلتزم بوضع المبلغ المتفق عليها تحت
تصرف المستفيد من الاعتماد طبقاً للشروط الواردة في العقد.

والجدير بالملاحظة، أنه في إطار قاعدة توزيع المخاطر
الائتمانية الهادفة إلى تحقيق حماية أفضل للمودعين، تم إقرار معامل لا
يمكن تجاوزه في إقران كل زبون حتى تكون هناك ملائمة بين حجم
الائتمان الممنوح من قبل البنك وموارده الأساسية، وهذا يعني أن
الاتفاق يصنع حداً أقصى لمبلغ الاعتماد الذي يلتزم به البنك، ويتم تلعب
الاعتماد بالكيفية المتفق عليها، ولا ثم للركون إلى العرف، لما هما
بحسب تحديد مدة الاعتماد، فإن لأجل قد يكون محدداً بمدة معينة أو
غير معينة، ومن ثم يسوغ للبنك إنهاء في أي وقت شرط إعلام الزبون
بذلك وإعطائه مهلة ليتكبر فيها أموره.

أما من جهة الزبون، فإن للترامته الأساسية تشمل في إرجاع
المبلغ التي تم استعمالها ودفع العمولة والفوائد المتفق عليها ولا يستعمل
للشخصي للاعتماد طبقاً للشروط الواردة في العقد.

هذا بالنسبة لانعقاد عقد فتح الاعتماد وما يرتبه من آثار قانونية في نعمة طريقه، وهو ككل عقد ينقضي، يختلف حسبما إذا كان محدد للمدة أو غير محدد المدة:

في الحالة الأولى، ينقضي هذا العقد بحلول أجله أي بانتهاء المدة التي التزم فيها البنك بفتح الاعتماد لصالح الزبون أو بتعويض العملية التي خصص الاعتماد لتمويلها، وفي هذا الصدد تنص الفقرة الثالثة من المادة 525 من ميثونة التجارة على أنه:

"ينتهي الاعتماد المقطوع لمدة معينة بقوة القانون بانتهاء المدة المحددة من غير أن يكون البنك ملزماً بإشعار المستفيد بذلك"

في حين ينقضي العقد غير محدد المدة بإلغاء البنك للاعتماد في أي وقت بشرط إشعار المستفيد بهذا الإنهاء، وفي هذا الإطار تنص الفقرة الثانية من المادة 525 من نفس الميثونة على أنه:

"لا يمكن سحب الاعتماد المقطوع لمدة غير معينة بصورة صريحة أو صمنية ولا تحصيل مدته إلا بعد إشعار وانتهاء أجل يحدد عند فتح الاعتماد أن يقل هذا الأجل عن ستين يوماً" تحت طائلة مسائلة البنك عن الضرر الذي سببه للزبون من جراء عدم إعلامه قبل سحب الاعتماد.

وبما أن عقد فتح الاعتماد يقوم بمراعاة الاعتبار الشخصي¹⁰⁷² فإنه يجوز للبنك أن يصححه أو يغيّره فيما لو طرأ تغيير على مركز الزبون، ويقع هذا الإنهاء سواء كان العقد محدد المدة أو غير محدد المدة، لأنه لا يمكن أن يستمر للبنك في تقديم التمتع للزبون بحيث منه مفرمت الثقة التي تعاقده على أساسها، وهو ما كرسه المشرع في الفقرة الرابعة من المادة 525 من ميثونة التجارة التي تقول بأنه :

¹⁰⁷² - بطوري الاعتبار الشخصي على عناصر موضوعية كغير الزبون وصلاصة المشروع الذي يستظهر، وأخرى شخصية كالمكانة وقرنته على فترة هذا الأخير وبمنته بالاحية وغير ذلك.

"مما كان الاعتماد مفتوحاً لمدة معينة أو غير معينة، فإنه يمكن للمؤسسة البنكية قبل الاعتماد بدون أجل، في حالة توقف بين المستفيد عن الدفع أو في حالة ارتكابه لخطأ جسيم¹⁰⁷³ في حق المؤسسة المذكورة أو عند استعماله للاعتماد" وكذا القصاء في بعض جهات¹⁰⁷⁴.

1073- وعلاوة بالموضوع هناك قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بباريس - رقم 96 الصادر بتاريخ 22 فبراير 2000 في الملف عدد 99/869- قصت فيه بما يلي:
"يمكن للمؤسسة البنكية قبل الاعتماد بدون أجل في حالة توقف بين المستفيد عن الدفع، وفي حالة ارتكابه لخطأ جسيم في حق المؤسسة المذكورة، وعند إساءة استعماله للاعتماد طبق مقتضيات المادة 63 من القانون لبنكي ... والمادة 525 من مدونة التجارة، وبالتالي فإنه لا مجال لمساءلة البنك".

1074- وفي هذا الصدد قصت إحدى المحاكم بما يلي:
"...لأن كانت المادة 63 من القانون لبنكي المؤرخ في 6 يوليو 1993 والمادة 525 من مدونة التجارة لا أقرتا من جهة، مبدأ يهدف إلى حماية الزبون من تعسف البنك الناتج عن الإنهاء المباغت غير محدد المدة، وذلك بإلزام البنك في هذه الحالة بأن يحبر المستفيد كتابة بقراره وأن ينتظر انصرام مدة الإشعار التي ينبغي أن تحدد بعد إبرام عقد الاعتماد، فإنها أقرتا من جهة أخرى استثناء هذا المبدأ فعلى مرجعيه للمؤسسة البنكية في حالات معينة من التقيد بأي مهلة بثمن، فيما يخص إنهاء عقد فتح الاعتماد".

انظر قرار محكمة الاستئناف التجارية بباريس الصادر في الملف عدد 99 869 بتاريخ 22 فبراير 2000. المنشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 1، ماي سنة 2004، ص 261.

هذا، ويتمخص عن إنهاء العقد استناداً إلى الاعتبار الشخصي من ناحية، لأن البنك غير ملزم باحترام الأجل المخصوص عليه في فترة الثانية من المادة 525 من مدونة التجارة، بل وغير ملزم حتى بتطبيق المستفيد بالشعار كتابي يبين فيه أسباب إنهاء العقد، على أساس أن هذه المادة حينما أشارت إلى الأجل، لم تؤكد على ضرورة توجيه الإشعار حتى يقتضي الزبون اتخاذ جميع الاحتياطات الضرورية للدفاع عن حقه ومن ناحية ثانية، حق البنك في الامتناع عن تقديم ما تعهد به أو الاستمرار فيه والتزام المستفيد برد ما تلقاه من اعتماد قبل الإنهاء.

ثانياً، الخصم

من بين العقود البنكية، يأتي الخصم كصورة من صور الائتمان أو بالأحرى كجدي العمليات البارزة التي يهتص بها البنك في حيز الخدمات التي يقدمها لريباته، والتي تنصب أساساً على الأوراق التجارية، ويتم عن طريق تطهير الورقة التجارية من الزبون المستفيد منها إلى البنك، وقد تناول المشرع المغربي تنظيمها في المواد من 526 إلى 528 من مدونة التجارة.

1- تعريف الخصم

يشكل الخصم، نقية ائتمانية تمكن البنك من تحقيق فائدة وعسولة بتقصها نظير قيامه بهذه العملية، وكذا من إعادة الخصم متى كان في حاجة إلى سيولة نقدية لدى بنك المغرب، كما أن من شأنها أن تسمح للزبون بالحصول على مبلغ نقدي بصفة فورية دون أن يضطر إلى انتظار حلول أجل استحقاق الورقة التجارية محل الخصم.

ويعرف المشرع الخصم في المادة 526 بقوله:
"الخصم عقد يلتزم بمقتضاه المؤسسة البنكية بأن تكفح للحامل قبل الأجل، مقابل تفريق لها مبلغ لورقة تجارية أو غيرها من السندات

للقبلة للتداول التي يحل أجل دفعها في تاريخ معين، على أن يعتمد برده قيمتها إذ لم يعب بها المقترن الأصلي.
والمؤسسة البنكية مقبل عملية الخصم لفائدة¹⁰⁷⁵ وعمولة¹⁰⁷⁶

والخصم لدى بعض رجال المقاهل القانوني، عملية بمقتضاها يسفح البنك إلى المستفيد من كمبيالة تم حل أجل استحقاقها بعد، المبلغ المودع فيها، مع ما تزال هذا المستفيد عن الحق الثابت له في الكمبيالة موضوع العملية، ويمكن في هذا الإطار للبنك المعني بالأمر، أن يخصم من قيمة الكمبيالة مبلغا يسمى سعر أو عمولة الخصم، يعادل الفائدة التي يمكن أن ينتجها المبلغ المودع للمستفيد طيلة المدة المتأرجحة بين تاريخ إجراء عملية الخصم وتاريخ استحقاق الكمبيالة المخصوصة.

أي أن البنك في إطار عملية خصم الكمبيالات، يقوم بتعجيل دفع مبلغ من المال في انتظار مبلغ آخر غير حال، ثقة منه في استرداده عاجل بدفعه عند أجل استحقاق الكمبيالة التي تم خصمها¹⁰⁷⁷.

لو هو: "نوع من أنواع الائتمانات القصيرة لأجل، يتمثل في تقديم ورقة تجارية أو أي سند قابل للتداول إلى أحد لاساك - رعاة يكون بنك الزبون - قبل ميعاد لاستحقاق، حتى يدفع مقبل هذا السند قيمته عند اقتطاع قسم منه يعادل عمولته وفائدة المبلغ عن المدة المتبقية"¹⁰⁷⁸.

1075 - تمثل لفائدة نفس العقود ونزدي مبتدئ للطرف الذي يكون رصيده دائما، أو هي تعويض عن محطرة الدائن بماله عنده بقرص فدين ويجعل مدى وفاته بالتراسقة.

أو هي أيضا مجرد مساهمة من المبرعين، أو اجرة لاستعمال المال المقرص من طرف المدين مدة المدفئة، تعريض الدائن عن الضمارة التي تلحقه بعدم استعداده لذلك المال في مشاريع خاصة به.

- عبد التطيب شبيب، مرجع سابق، ص 205 وص 228
1076 - يقصد بالعمولة عموما المقبول عن خدمة ما، وبالنسبة للبنك فهي تشكل تلك المقبل الذي يتوصل به بغير الخدمة التي تقدمها لزبونه.

1077 - أحمد الفروحي، مرجع سابق، ص 285

1078 - مشار إليه لدى:

لو هو كذلك: "تظهر الورقة التجارية - لكمبيالة أو السلة الإسمية - التي لم يحل أجلها بعد، بظهورها باقلا للملكية إلى بنك يقوم بفتح قسيمة لمظهر بعد استئصال قدر يمثل فائدة مبلغ الورقة عن المدة ما بين ذلك بين الخصم وتاريخ الاستحقاق - تسمى بسعر الخصم - مضافا إليه العسرة".¹⁰⁷⁹

2- تمييز الخصم عن العمليات المشابهة

لعل من أبرز العمليات المشابهة للخصم ما يسمى بعملة "استخلاص الأوراق التجارية" التي تدرج ضمن خدمات المصرف¹⁰⁸⁰ والتي تركز على تسليم الزبون - الممنوع - لبنكه ورقة تجارية بعد قبضه بتحصيل المبلغ الثابت فيها وإخراجها في الجانب الدائن له.¹⁰⁸¹

وهي خدمة حظيت بتنظيم قانوني وذلك من قبل غرفة التجارة الدولية¹⁰⁸² أما على المستوى الوطني، فإنها كانت قبل دخول القانون السكي الصادر في 6 يوليو 1993 ومدونة التجارة للصائرة في فسخ

- مصد جتكله مرجع سابق، ص 270.

¹⁰⁷⁹ - مصد كسل طه وعلى البلودي، مرجع سابق، ص 675.

¹⁰⁸⁰ وهي العمليات البنكية المتعلقة بإيداع وسحب النقود بواسطة شيك الشيك، وإيداع الشيكات والأوراق التجارية، وذلك من أجل تحصيل مبالغها وإخراجها في الحساب وإجراء التحويلات البنكية.

¹⁰⁸¹ - انظر في هذا المعنى

- على البلودي ومحمد فريد العريفي، القانون التجاري، الجزء الثاني: العقود التجارية والعمليات البنكية، طبعة سنة 2000 ص 426.

¹⁰⁸² - بواسطة نشرة قواعد الموحدة لاستخلاص الأوراق التجارية لسنة 1956 التي حلت بموجب النشرة رقم 254 لسنة 1967 التي تمت مراجعتها هي الأخرى بالنشرة رقم 322 لسنة 1979 وبعد ذلك بالنشرة رقم 522 التي دخلت حيز التنفيذ سنة 1996.

للتوسع في الجلب المنطوق بالتنظيم القانوني للتنظيم الدولي لمصلحة استخلاص الأوراق التجارية، راجع مثلا:

Tahar Daoudi réusir à l'export. 3ème édition 2002 P 161
-344-

سنة 1996 حيث تمتد تحصيل للقواعد العامة والأعراف والمبادئ البنكية، والتدخل التشريعي المباشر والوحيد تم بمقتضى المادة 502 من هذه الأخيرة - في إطار تفعيل الحساب بالاطلاع - التي تنص على ما يلي:

"حينما يكون تسجيلي بين في الحساب ناتج عن ورقة تجارية مقدمة إلى البنك يترتب أن التسجيل لم يتم إلا بعد التوصل بمفادها من المدين الرئيسي. ونتيجة لذلك إذا لم تؤد الورقة التجارية في تاريخ الاستحقاق فإنك الخيار في:

- متابعة الموقعين من أجل استخلاص ورقة التجارة.

- أو تقييد في الرصيد المدين للحساب، الدين الصرفي الذي عن عدم أداء الورقة أو دينه العادي، وما لمقرض، ويؤدي هذا التقييد إلى نقصاء الدين. وفي هذه الحالة ترجع الورقة التجارية إلى الزبون".

فهي إذن، كالحصم تنصب على نفس القمص إلا وهو الأوراق التجارية، وتتم في الغالب من خلال تظهير هذه الأخيرة من قبل الزبون إلى البنك، إلا أنها مع ذلك تختلف عنه من عدة جوانب منها، أنه تكون للبنك في إطار عملية الخصم صفة مالك الورقة التجارية المتداول عن الحق الثابت فيها من قبل المسفيد، ومن ثم لا يجوز للمتسلمين بها الاحتجاج تجاهه - باعتباره حاملا حسن النية - بالدفع العينية على علاقاتهم الشخصية بالموقعين السابقين، لأن التظهير النقل للملكية يظهر الورقة التجارية من مثل هذه الدفوع¹⁰⁸³ وهو ما كرمه المشرع في المادة 171 من مدونة التجارة التي تنص على أنه:

"لا يجوز للأشخاص المدعى عليهم بسبب الكمبالة أن يتمسكوا تجاه الحامل بالدفع المستمدة من علاقاتهم الشخصية بالساحب أو بحاملها السابقين ما لم يكن الحامل قد تعمد باقتسابه الكمبالة الإبراء بالسير".

ويتقاضي البنك عن الخصم علاوة على العمولة، فوائد، كالتأخير المترتبة على الورقة التجارية المضمومة¹⁰⁸⁴ ومصاريف تحصيلها من المدين الرئيسي فيها¹⁰⁸⁵ وكذا مبلغ الضريبة على القيمة المضافة عموماً وعلى عمولة الخصم على وجه الخصوص¹⁰⁸⁶ كذلك، في حالة التصفية الفصلية للربو، فإن البنك يكون مالكا للورقة التجارية المقدمة للخصم لا للاستخلاص وبالتالي، فإن المبلغ الوارد فيها يكون بمنأى عن أي إجراء يتعلق بهذه الوضعية¹⁰⁸⁷.

هذا، باحتصار عن الخصم، أما فيما يتعلق باستخلاص الأوراق التجارية، فإن البنك يكون مجرد وكيل عن ربوه الذي قدم له هذه الأخيرة لتحصيل مبلغها من المسحوب عليه أي من المدين بها، وذلك في مقابل عمولة، وما دام البنك يقتصر دوره على قبض الورقة التجارية لمصلحة ربوه، فإنه يجوز للمدين أن يتمسك في مراجعته بكل النوع التي كان يوسعه لتمسك بها في مواجعة المستفيد.

1084- لقد بنك المغرب لتنظيم هذا النوع من الفوائد الدورية رقم 8/96 الصادرة في 15 فبراير 1996 التي تنص من المادة 6 منها أن احتساب الفائدة المستحقة عن خصم الورقة التجارية يتم على أساس عدد الأيام الممتدة بين تاريخ تقديم الورقة للخصم، وبين تاريخ استحقاقها.

1085- تشمل هذه المصاريف، المبالغ التي أنفقها البنك على إثر تقديمه الورقة التجارية إلى المسحوب عليه من أجل الوفاء، أما تلك التي قد يضطر إلى تحملها في حالة رفعه دعوى الرجوع لعدم الوفاء نتيجة عدم تحصيل الورقة التجارية المضمومة من المدين الرئيسي فيها، فإنها لا تدخل في أجر الخصم لأنها تعد من مصاريف الدعوى.

1086- تختص هذه الضريبة على مبلغ الفائدة ومبلغ العمولة المستحقين عن الخصم.

1087

- Christian Gavalda Et Jean Stoufflet, OP. Ch. P 388

3- إتمام عقد الخصم

صحيح أن كلا من القانون البنكي ومدونة التجارة يقتضيان على الأحكام الخاصة المنظمة لعقد الخصم باعتباره عقداً تجارياً، إلا أن هذا لا يحل استقلاله لقام عن القانون المدني، أي عن القواعد العامة سيما فيما يتعلق بإبرامه.

بالنسبة للرخص، لا يسعد الخصم إلا بتراضي طرفيه وانفاقهما على الخصم كعقد يرتب حقوقاً والتزامات لطرفيه، أما عن المحل، فإن الخصم كما هو واضح من المادة 526 من مدونة التجارة يرد على الأوراق التجارية¹⁰⁸⁸ وغيرها من السندات القابلة للتداول، غير أنه على

1088- تعد الأوراق التجارية بمثابة أدوات تسوية الديون إما عن طريق تسليم الوفاء بها إلى أجل معين أو قابل للتعيين، وإما عن طريق إحلالها محل النقود في الوفاء بها حالاً.

وقد عرفت تطوراً مع تطور الاقتصاد العالمي وانتشار التقنيات الحديثة واستعمال الحاسوب الآلي في تسوية الديون، إلا أن مركز الصدارة في تسوية الديون بقيت تحتلها الأوراق النقدية - كونها تتمتع بقوة إبراء مطلقة - هذا إلى جانب ظهور رسائل أخرى تقوم مقام الأوراق التجارية في أداء هذه الوظيفة، كبطاقة الأداء والسحب والحولات البريدية ونحوها.

ومن بين الخصائص الجوهرية للأوراق التجارية - التي تحكمها مجموعة من القواعد التي تنظم الحقوق والالتزامات الناشئة عنها تشكل في مجملها ما يدعى بالقانون المصرفي - كونها تصدر بصفة انفرادية وبقيم مختلفة، وبمثل حق للمستفيد أو الحامل - بسقط بعضي لمدة التي حددتها القوانين - موضوعه مبلغ معين من النقود يدفع عند الاطلاع أو خلال أجل معين أو قابل للتعيين، وتقبل أن تجرى عليه عملية الخصم من لدن البنك، ما هيك على أن موقعها يكون بكرة القانون صحت لقيمها في حالة عدم الوفاء بها في تاريخ الاستحقاق.

وهي بذلك تختلف من ناحية، عن الأوراق المالية أو القيم المنفردة التي تصدرها شركات الأموال أو للدولة أو غيرها، في مجموعات لا تختلف كل واحدة عن الأخرى، بأرقام متسلسلة، وقيم متساوية، وهي لا تقوم مقام النقود في الوفاء بدين معين وإنما يمكن بيعها في البورصة للحصول على ثمنها، كما لا يمكن تحصيل قيمتها بدقة ولا تاريخ استحقاقها بسبب تقلبات الأسعار، ومن ثم لا يتصور خصمها.

صعيد الممارسة نجد أن معظم الأوراق المعروضة للحصم تتجسد في الكمبيالات والسندات لأمر، وإن كان جانب من الفقه يرى قابلية الشيك أيضا للحصم، ذاهبا إلى أن خصم الشيك وإن كان يبدو غريبا للوهلة الأولى لكونه واجب الأداء بمجرد الإطلاع وأن تقديمه من قبل حامله يجعله محقا في قصص قيمته كاملة من المسحوب عليه، فإن خصمه سُلِمَ على مستوى الواقع العملي وذلك كلما كان المكان الذي يجب أن يتم فيه دأؤه بعيد عن موطن المستفيد¹⁰⁸⁹

ويترتب على خصم الشيك نفس الآثار التي تترتب على خصم الكمبيالة أو السند لأمر، إلا أنه يجب على البنك الخصم أن يثبت في حالة سوء نواح أنه حاز الشيك المخصوص عن حسن نية وأن التطهير يعتبر نقلا للملكية وليس توكيلا أو من أجل الاستخلاص كما يجب أن يكون الشيك المخصوص حاليا من أية عبارة تفيد عدم قابليته للتطهير عملا بالفقرة الأخيرة من المادة 232 من مدونة التجارة¹⁰⁹⁰.

وفي «مقتضب» ن وصوح نص المادة 526 من مدونة التجارة، يرفع اختلاف وجهات النظر بشأن محل الخصم، ذلك أن المشرع لن

ومن ناحية أخرى، من الأوراق الفنية التي تصدرها الدولة محتلة هي شخص البنك المركزي أي بنك المغرب كبنك الإصدار والمصرف المهيمن وذلك في ذات متصلة الأوراق ونعم متساوية ومحددة من غير أن تكون أصلا منتجة لأي فائدة - والتي يعد التعامل بها وجبا بحكم قانون ما تم تكن موروثة أو مريفة وما لم يصدر قانون لم قرار عن السلطة المختصة بقضي بوطال التعامل بها، هذا فضلا عن كونها تتمتع بقوة براء مطلقة من الديون، وكون الحق الثابت فيها لا يطاق التنازل. للمزيد من التفصيل بقصود التمييز بين الأوراق التجارية والمالية والتنفيذية لنظر مثلا

- محمد الشلعي، الأوراق التجارية في مدونة التجارة، الطبعة الثالثة، بدون ذكر السنة، الصفحات من 14 إلى 19

1089- علي جمال الدين عوص، مرجع سابق، ص 676

1090- أحمد لمرجعي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 333

ستعمل عبارة الأوراق التجارية التي يمكن أن تحمل على إطلاقها، إلا
في تلكه على أن يكون أجل دفعها في تاريخ معين، لا يترك شكاً في
استبعاد التبرك من هذا الإطار، لأنه يكون مستحق الأداء بمجرد الاطلاع
عملاً بالمادة 267 منها.

وبصرف النظر عن الورقة موضوع عملية الخصم، أي سواء
كانت كمبالاة أو صداً لأمراً، فإن المؤسسة البنكية تتمتع في مواجهة
لمدبرين الرئيسيين لها والمستفيد من الخصم والمترمين الآخرين،
بجميع الحقوق المرتبطة بالورقة المحصورة أو المسد للمحصوم، وفي
مواجهة المستفيد، تحظى بحق مستقل لاستيفاء المبالغ التي كانت قد
وصفتها تحت تصرفه مع العوائد والعصولات¹⁰⁹¹

وقد لا يتم الوفاء في بعض الأحيان من قبل المسحوب عليه، وفي
هذه الحالة يمكن للبنك أن يملك بجزاءات¹⁰⁹² ودعوى ترمي إلى
استيفاء حقه.

هذا، ونظراً لأهمية الحساب البنكي باعتباره وعاء لإجراء مختلف
العمليات البنكية، ووسيلة ربط بين البنك وربونه، فإن التساؤل يطرح
حول ما إذا كان لازماً لإبرام عقد الخصم أم لا؟

قد يذهب المرء إلى أنه يمكن للبنك خصم الورقة التجارية ولو لم
يكن لصاحبها أي حساب بنكي مفتوح لديه، بدعوى عدم وجود مقصود
قانوني صريح يمنع ذلك، إلا أن الواقع العملي يثبت العكس فلا بد

1091- ذلك ما ورد في المادة 528 من مدونه للتجارة.

1092- لعل من أبرر تلك الإجراءات ما يسمى بـ "العقد العكسي" وهو تقنية كثير
ما يلجأ إليها البنك وذلك عن طريق قيد يجريه في الجانب المدين لحساب ربونه
الذي قدم له ورقة تجارية للحصول لم يتم وفلاها نتيجة عدم وجود مؤونة كافية له
نتيجة لسباب أخرى

على جمال الدين حرض، صميمات البنوك من الوجهة القانونية في ففوق للتجارة
الجديد وتشريعات البلاد العربية، مرجع سابق، ص 738

للأخطار التي قد يتعرض لها، والتي يحترز منها بتحدد مجموعة من التدابير، من قبيل الاستعلام عن وضعية الربون ومركزه المالي والحصول على بعض الضمانات¹⁰⁹³ التي يعول عليها الورقة التجارية، والحصول على بعض الضمانات الاحتياطي¹⁰⁹⁴ في استرداد مدفوعاته. ويقصد الضمان الاحتياطي¹⁰⁹⁵ في استرداد مدفوعاته. ويقصد الضمان الاحتياطي¹⁰⁹⁶ في استرداد مدفوعاته.

4. الآثار القانونية للحصم

لما ينفذ الحصم متوفرا على سائر الشروط التي يتطلبها القانون، فإنه ينفذ التزامات متعلقة بين البنك والربون، إذ يجب على الأول أن يدفع حامل الورقة التجارية المقدمة للحصم مبلغها في مبالغ واعدة وعاملة إلى جانب مصاريف التحصيل، كما يتعين على الثاني من

1093- وللأسف، قبل المشرع المغربي لم ينظر إلى تلك الضمانات ضمن المقصودات التي ألزمها الحصم.

1094- ويراد به تعهد أحد الموقعين على الورقة التجارية أو أحد من الغير تعهدا شخصيا وصريها بأداء مبلغها كلاً أو بعضه، إذ لم يوفي به المدين الأصلي لمكول في تاريخ الاستحقاق، بل الشخص الذي يصنع احتياضاً الورقة التجارية المقدمة للحصم، يجب أن تتوفر فيه الأهلية التجارية - لأن الحصم الاحتياطي للربون صري تجاري- وأن يتجه إرادته غير المعينة إلى الضمان، ولي يكون سبب الضمان جدياً ومشروعاً.

- أحمد شكري السباعي، الوسيط في الأوراق التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، سنة 1990- ص 199.

1095- وهو تعهد من المسحوب عليه لتفدية طلب صاحب في دفع مبلغ التكميلية إلى المستفيد أو الحمل في تاريخ الاستحقاق؛ وهكذا فإنه يمكن للبنك عندما لا تنصم الورقة التجارية قبول المسحوب عليه، أن يطوئ مع الائتمان إلى الربون على شرط تقديم الضمان.

- علي سليمان السبيدي، الأوراق التجارية في التشريع المغربي، الطبعة الأولى سنة 1970، ص 196.

1096- يجوز للبنك أن يطلب من ربونه أن يضمن على الائتمان الممنوح له عن طريق تعهد إحدى مقولات التأمين بدفع مبلغ مالي للبنك عند حصول طرد يتلقى بعدم الرداء بغير من طرف المدين أو الملتزمين أو غيرهم من الضامنين.

حائبه أن يصع هذه الأخيرة بين يدي البنك عن طريق تظهيره له تظهيراً بقلا للملكية، الأمر الذي يحوله حق التصرف فيها، إما بإعادة حصتها لدى بنك المغرب أو بنك آخر، أو الاحتفاظ بها إلى غاية حلول أجل الاستحقاق فيقضمها للمسحوب عليه من أجل أداء مبلغها، قد بطبيعة الحال فيما لو تمت العملية بشكل عادي، لكن إذا لم يتم الوفاء فإنه يحق للبنك أن يسلك الطرق التي تتيج له استبقاء حقه كدعوى الرجوع لعدم الوفاء الناشئة عن نكسد المضموم، أي دعوى الرجوع الصرفي لعدم الوفاء¹⁰⁹⁷ على المستفيد من الحسم باعتباره مظهراً للورقة التجارية وعلى الموقعين عليها بوصفهم ملزمين بالوفاء بها على وجه التضامن.

الفقرة الثانية: ضمانات الائتمان البنكي

في مقابل التسهيلات الائتمانية التي تمنحها البنوك لربائنها فإنها تحصل منهم على ضمانات شخصية أو عينية تأمينا للمبالغ التي تقرضها لهم.

وبتعبير آخر، فإن جميع الضمانات سواء منها ذات الطابع المادي أو تلك التي أقررتها الحياة التجارية توظف في ضمان الائتمان البنكي ونحن سنقتصر فقط على الضمانات التي كرسها المشرع في مدونة التجارة ضمن العقود البنكية، ويتعلق الأمر بحالة الديون المهدية ورهن القيم.

أولاً: حوالة الديون المهدية

إذا كان للبنك في حدود صيغة يعتمد في بعض صور الائتمان ذات الأجل القصير أو المتوسط على الثقة التي يصنعها في الزبون، وكذا على طبيعة العملية موضوع التمويل عن طريق هذا الائتمان، فإن ضرورة حصوله على ضمانات شخصية أو عينية تأمينا للمبالغ التي

¹⁰⁹⁷ - راجع المادة 96. وما بعدها من مدونة التجارة.

يقرصها للربح المعني بالأمر، تظل القاعدة الراسخة في العمل
البنكي¹⁰⁹⁸.

ونأتي حواله للديون المهنية في التشريع المغربي كنسوخ
من حواله الدين أو الحق¹⁰⁹⁹ أو بالأحرى كإحدى ضمانات الائتماس
البنكي إلى جانب الكفالة البنكية¹¹⁰⁰ مثلا، ورهن الدول

1098- لنظر في هذا المعنى:

- محمد لغوجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سبق
ص 380 وص 382.

1099- تناول المشرع المدني ضمن القسم الثالث من الكتاب الأول من قانون
الائتماس والعقود تحت عنوان: "انقال الائتماس" الانتقال بوجه عام في
الفصول من 189 إلى 208 ثم "حواله مجموعة حقوق أو حواله للذمة" في الفصول
209 و 210، ونس في الفصل 189 على أنه:

"يجوز انقال الحقوق والديون من لدائن الأصلي إلى شخص آخر، بما يقتضي
القانون، وبما يقتضي اتفاق المتعلقين".
لأحد فكرة عن حواله للدين المهنية، لنظر مثلا:

- Mimoun charqi OP.CITP 33-36

1100- تحد الكفالة بوجه عام، إحدى الصيغيات الشخصية التي تنطوي على قيادة
كبرى خاصة وأنها تحقق مصلحة المدين في تسهيل عملية ائتمانية ما وبالتالي
تمكنه من الحصول على ما يحتاجه من قروض، ومصلحة الدائن، بوجود شخص
يتسلم على فكرة صم ذمة إلى ذمة في المطالبة بحسن.

وتستقي الكفالة أحكامها كما هو معلوم، من القواعد العامة الواردة في القانون
المدني - وبالتحديد في النصول من 1117 إلى 1169، المدرجة في القسم العاشر من
الكتاب الثاني المخصص للعقود المسماة وأشباه العقود المرتبطة بها- الذي يعرفها
في الفصل 1117 بكونها:

"عقد بمقتضاه يلتزم شخص للدائن بإداء التزام المدين إذا لم يؤديه هذا الأخير نفسه
رأدي ينص في الفصل 1131 على أنه:

"من ليس الكفالة أن تعقد بحجر لجر، وكل شرط يقتضي بإعطاء الكفيل لجرأ عن
كفالته يقع باطلا ويترتب عليه بطلان الكفالة نفسها.

ويستثنى من هذه القاعدة، الكفالة التي تعقد بين التجار لأغراض التجارة، إذا سمح
العرف بإعطاء لجر عنها".

الموسم في العقود الخاصة، العقود المدنية والتجارية والبنكية
ومسائل التجهيز
رقم نظم العمل
الربح من مدونة
إلى 336 منها - م
وتمكن القاعدين
التي يقتضيها البلاء

لن من الكفالة
من القانون رقم
"يختبر عملية لا
... بالانقراض
كفالة لو أي
بواسطة النوة
مبدئيا- لفائدة
وهي بذلك
من الائتماس
لفائدة الشخص
أي الزبون
أنظر بخص
- محمد

الصفحة-
1101-

نظري

والمعقل

بلن:

الذم

المعروف

الأمر

1102

مصر

ومعدات التجهيز¹¹⁰¹ ورهن الأصل التجاري¹¹⁰² ونحو ذلك.

وقد نظم المشرع هذا النوع الآخر من العقود التجارية في الكتاب الرابع من مدونة التجارة إلى جانب العقود البنكية - في المواد من 529 إلى 536 منها - مداعي بذلك إلى دعم الثقة والاتصال في المجال التجاري وتمكين العاطل لاقصاليين من الحصول على التسهيلات الائتمانية التي يقدمها البنك.

أما عن الكفالة البنكية، التي أشار إليها المشرع في البند 2 من الفقرة 1 من المادة 3 من القانون رقم 103.12 بقوله:

"يعتبر عملية ائتمان كل تصرف بعوض يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص: -...بالانترام لمصلحة شخص آخر عن طريق التوقيع في شكل صمم خطي أو كفالة أو أي ضمان آخر...". والتي تجسد ذلك المظهر التقليدي للائتمان البنكي بواسطة التوقيع، فيراد بها تحمل البنك بمصعته كفالة لزيرويه والتمسك بالتوقيع - مبدئي - لغاياته من أجل دعم الثقة التي يفقر إليها لدى دائنيه.

وهي بذلك تختلف عن خطاب الضمان، الذي يشكل لصورة المتطورة بهذا الصنف من الائتمان غير المباشر، إذ أن الزبون يطلب من البنك إصدار خطاب صمم لغاياته الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي ينوي العمل معه، يتمه فيه بضمانة - أي الزبون - في حدود المبلغ المعين في الخطاب وخلال مدة معينة.

أنظر بخصوص التمييز بين الكفالة وخطاب الضمان:

- لمحمد لفررجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، مرجع سابق الصفحات 363 و364 ومن 373 إلى 377.

1101- إن رهن أدوات ومعدات التجهيز صورة للرهن دون التحلي عن الحياة تطرق إليه المشرع في الكتاب الرابع من مدونة التجارة ضمن القسم الأول والمتعلق بالرهن - وذلك في المواد من 355 إلى 377 - مصرحاً في الفصل 355 بأن:

"أداء ثم اقتناء أدوات ومعدات التجهيز المهيأة، يمكن أن يصمم سواء فيما يخص المقرض الذي يقدم الأموال للزبنة لأداء الثمن نهائياً، وذلك برهن يقتصر على الأدوات أو على المعدات المنفردة"

1102- لا شك فيما يمثلته الأصل التجاري من بضاعة مهمة حاولنا إبرازها في معرض حديثنا عنه في حيز آخر من هذه الدراسة.

1- تعريف حوالة الديون المهنية

في محاولة منه لتعريف عقد حوالة الديون المهنية، ذهب المشرع المغربي في المادة 529 إلى أنه:

"يمكن لكل شخص طبيعي أثناء مزاولته نشاطه المهني، أو لكل شخص معنوي حاضع للقانون الخاص أو للقانون العام، تحويل كل دين معسوف على أحد الأغيار، سواء أكان شخصا طبيعيا أثناء مزاولته نشاطه المهني، أو شخصا معنويا حاضعا للقانون الخاص أو القانون العام بمجرد تسليم قائمة لمؤسسة بنكية.

ينقل التفويت للمؤسسة المفوت لها، ملكية الدين المحال، سواء مقابل تسبيق كلي أو جزئي لمبلغه أو صمما لكل شتمل سلتمته المؤسسة أو استلمه المحيل".

2- شروط إجراء حوالة الديون المهنية

ينضج من خلال ما ورد في المادة 529 من متوبة للتجارة بصورة عامة، أنه ينبغي لإجراء حوالة الديون المهنية توفر شروط هي الأطراف، وفي الديون المحالة، وكذا في القائمة التي بواسطتها يتم نقل هذه الأخيرة تحت طائلة عدم قبولها.

فالنسبة للأطراف يجب أن يكون المحال له مؤسسة بنكية، وأن يكون المحال عليه أما شخصا طبيعيا يرأول نشاطا مهنيا أثناء إجراء الحوالة، أو كذلك شخصا معنويا -حاضعا للقانون العام، أو الخاص وفي مركز المحيل أو المحال عليه- وفي هذه الحالة فإنه لا يتطلب فيه هذا الشرط، أي إجراء الحوالة حين ممارسة النشاط المذكور.

وهما يتعلق بالديون فموضوع الحوالة، يستثف من المادة 530 التي تنص على أنه:

"خلاف لمقتضيات الفصلين 190 و192 من الظهير الشريف المتعلق بالالتزامات والعقود¹¹⁰³ يكون كل دين قابلاً للتحويل حتى وإن نتج عن تصرف متوقع للحدث وكان مبالغه وتاريخ طوله غير محددين" أنه ينبغي أن تكون مهية ومتعددة ومترتبة في دمة الغير، وذلك بنص لنظر عما إذا كان الدين ناتج عن واقعة حالة أم محتملة الحدث، وعما إذا كان مبالغه وتاريخ استحقاقه محددين أم لا¹¹⁰⁴.

ما للفاتمة، التي وضع لها المشرع مجموعة من قبيانات، فيجب توقيعه من قبل المحيل، وتاريخه من طرف المحال له، حيث بمجرد تسليم البنك لياها، فإن ملكية الديون المصينة فيه، تنتقل إليه، وكذا كافة الضمانات التي تتعلق بكل واحد منها. وهكذا يسري معقول حولة الديون المهيبة في حق الأطراف وتجاه الغير، ابتداء من التاريخ المذكور في القائمة.

ثانياً، رهن الضيم

نظم المشرع المغربي هذا النوع من الرهون في مدونة للتجارة في المواد من 537 إلى 544، التي سنتناول في ضوئها تعريف القيم المنقولة وحصانصها والآثر المترتبة عنها:

1103- يقضي الفصل 190 من قانون الالتزامات والعقود بأنه "يجوز أن يرد الانتقال على الحقوق أو الديون التي لم يجل الوفاء بها، ولا يجوز أن يرد على الحقوق المحتملة". وينص الفصل 192 منه على أنه:

"تنتقل حولة الحق المنتزع فيه، ما لم يوافق المدين المحال عليه. ويعتبر الحق منتزعا عنه، في معنى هذا الفصل، إذ كان هناك نزاع في جهر الحق أو الدين نفسه عند البيع أو الحوالة، لو كانت هناك ظروف من شأنها أن تجعل من المتوقع إثارة منازعات قضائية جدية حول جهر الحق نفسه".

1104- تنظر في هذا المعنى: محمد الفروجي، العقود البنكية بين مدونة والتجارة والقانون البنكي، مرجع سابق، ص 384.

1- تعريف القيم المنقولة

إن القيم المنقولة في مفهوم ظهير 21 شتبر 1993¹¹⁰⁵ كم وقع تغييره وتتميمه¹¹⁰⁶ والمتعلق ببورصة القيم¹¹⁰⁷ هي تلك

1105- الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 193.211 الصادر في 21 شتبر 1993 المتعلق ببورصة القيم.

1106- وذلك بواسطة الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 196.245 الصادر في 9 يناير 1997 بتعديل القانون رقم 34.96 المغير والمتمم بموجبه الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 193.211 الصادر في 21 شتبر 1993 المتعلق ببورصة القيم المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4448 بتاريخ 16 يناير 1997، ص 74

والظهير الشريف رقم 100.265 الصادر في فاتح شتبر 2000 بتعديل القانون رقم 29.00 القاضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 193.211 الصادر في 21 شتبر 1993 المتعلق ببورصة القيم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4828 بتاريخ 7 شتبر 2000، ص 2326.

والظهير الشريف رقم 111.144 الصادر في 17 غشت 2011 بتعديل القانون رقم 43.09 القاضي بتغيير وتتميم الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون رقم 193.211 الصادر في 21 شتبر 1993 المتعلق ببورصة القيم. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5980 بتاريخ 22 شتبر 2011، ص 4694.

الظهير الشريف رقم 113.21، الصادر في 13 مارس 2013 بتعديل القانون رقم 43.12 المتعلق بالهيئة المغربية لسوق الرساميل، الذي تنص المادة الأولى منه على ما يلي:

"حول مجلس القيم المنقولة، المؤسسة العامة المحدثة بموجب الظهير الشريف بمثابة قانون رقم 193.212 الصادر في 21 شتبر 1993 المتعلق بمجلس القيم المنقولة وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص المصوبة التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو سندات لها إلى شخص معنوي عمومي يتمتع بالاستقلال المالي يسمى "الهيئة المغربية لسوق الرساميل" يحض لأحكام هذا القانون والنصوص المنجدة لتطبيقه.

لا يلزم تحويل تسمية مجلس القيم المنقولة إلى تولف نشاطه...

تخل عبارة "الهيئة المغربية لسوق الرساميل" محل عبارة "مجلس القيم المنقولة" في جميع النصوص التشريعية والتنظيمية الجاري بها العمل..."

1107- إن بورصة القيم سوق يحض تنظيمه لأحكام ظهير 21 شتبر 1993 والنصوص الصادرة لتطبيقه وتكون فيها القيم المنقولة محل تداول عام.

المسندات 1108 للصانزة عن أشخاص ممنوعة عامة أو خاصة والقبالة
للتحويل بقودها في حساب أو عن طريق التداول، والتي تخول بحسب

وتعتبر هذه السوق أحد مكونات الاقتصاد النبرالي الحديث، وقد شهدت كما لا
يخفى نمواً شاملاً في السنين الأخيرة من أجل جعلها سوقاً مفتوحة لنشاط
الاستثمار ببلاندا.

1108- تنصب المعاملات المالية التي تتم في إطار بورصة القيم، على القيم المالية
المنقولة من أسهم ومسندات القرض وشهادات الاستثمار.

وفي هذا الصدد، تنص المادة 243 من الظهير الشريف رقم 196124 الصادر في
30 غشت 1996 بتقييد القانون رقم 17.95 للمتعلق بشركات المساهمة - المنشور
بالجريدة الرسمية عدد 4422 بتاريخ 17 أكتوبر 1996. من 2320 - الذي عدل
وسمحت مجموعة من مقتضياته بواسطة الظهير الشريف رقم 8 1.08 الصادر
بتاريخ 23 ماي 2008 بتقييد القانون رقم 20 05 - المنشور بالجريدة الرسمية عدد
56.39 بتاريخ 16 يونيو 2008. من 1359 - كما غير وتم بموجب القانون رقم
78.12 الصادر 29 يوليوز 2015 على أن:

"تقيم المنقولة التي تصدرها شركات المساهمة في الأسهم المكونة لرسم
لشركة، وشهادات الاستثمار ومسندات القرض.
تعتبر بمثابة قيم منقولة، حقوق الرصد أو الاكتتاب الناشئة عن القيم المنقولة
المنكورة.

لا تعد مسندات الديون القابلة للتداول والمنظمة بالقانون رقم 35.94 الصادر بتعديده
الظهير الشريف رقم 1953 بتاريخ 26 يناير 1995 فيما منقولة خاضعة لأحكام هذا
القانون".

وتعمل مسندات الديون القابلة للتداول كما جاء في المواد 2 و 3 و 4 من القانون رقم
35.94: شهادات الإيداع التي تصدرها البنوك ولتكون شركات التمويل التي
تصدرها شركات التمويل، ثم أوراق الخزينة، التي تصدرها الأشخاص المعنوية
التي تتوفر فيها للشروط المحددة في هذا القانون.

أما الأسهم، فتعد من قبيل الأوراق المالية التي تمثل نسبة المساهم في شركات
الأموال وحقوقه فيها، أو هي المسندات التي تصدرها هذه الأخيرة إثبات حقوله في
رأس مالها، وتكون قابلة للتداول بالطرق التجارية.

وعلاوة على إمكانية تداولها، تتميز الأسهم أيضاً بحصص أخرى، منها قبلتها
للرهن الحيازي، وبتماري القيمة الاسمية - للأسهم من فئة الواحدة - وبعدم قبلتها
للحصة تجاه الشركة، ويتمتع صاحبها بحقوق كالحق في الأرباح وحقوق
التصنيف والحق في حضور الجمعيات والتصويت وغيره.

- وهي تنقسم إلى عدة أنواع بحسب الزاوية التي ينظر منها إليها:
- من حيث نوع الحصصة المقدمة للاستثمار، تنقسم إلى أسهم نقدية وأخرى عينية.
- ومن حيث مدى استهلاك قيمتها الاسمية من عدمه، ومدى التفرع بحسبها عن العمل أو المستثمرين أو الاثنين معا تشجيعا لهم على جهودهم، تنقسم إلى أسهم رأس المال وأسهم التمتع أو الانتدع وأسهم الشغل أو العمل.
- وبالنظر إلى الحقوق التي تمنحها لملكها، تنقسم إلى أسهم عادية وأسهم ممتازة.
- وبحسب الشكل الذي تفرغت فيه، تنقسم إلى أسهم اسمية وأسهم للحاسر وأسهم محتالطة بالنسبة للدول - غير المعرب - التي لا تزال تأخذ بنظام الفصائل.
- وطلافا من القيمة التي تصدر بها، يمكن تقسيمها إلى أسهم بعلاء، وبحرر بدونها.

أصنف إلى ما سبق، أن طرق تداولها تختلف أيضا بحسب ما إذا كانت مسخرة في بورصة القيم المنقولة أم لا.

للمزيد من التفصيل بخصوص ما تقدم عرضه، أنظر.

- أحمد شكري المباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي الجزء الثالث: شركات المساهمة المطبوعة، الأولى سنة 2004 الصفحات من 245 إلى 308.

راجع كذلك، المواد من 245 إلى 281 من القانون رقم 1795 السابق الذكر.

2- وهما يتعلق بشهادات الاستثمار، فإنها تدعى أيضا في حانة للقيم المنقولة القابلة للتداول.

وقد أورد لها المشرع المغربي في القانون رقم 1795 المواد من 282 إلى 291 التي يستشف من مقتضياتها بصورة عامة، أن هذه الشهادات تنشأ بما عن طريق تجزيء الأسهم أو بحسبة الريادة في رأس المال وبالتالي فإنها تمثل الحقوق المالية، على عكس شهادات حق التصويت التي لا تعد من القيم المنقولة، ولا تمثل سوى الحقوق الأخرى غير المالية.

لأحد فكرة موسعة عن هذا النوع من الشهادات - الذي يركز على خمسة الفصل بين المساهمة في رأس المال، وبين ممارسة سلطة اتخاذ القرار، وذلك بتجزيء الأسهم إلى شواكس، شهادة الاستثمار وشهادة حق التصويت - راجع:

- أحمد شكري المباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي الجزء الثالث: شركات المساهمة، مرجع سابق، من من 350 إلى من 374.

3 وبالمناسبة لسندات القرض التي تنبأ مكانة هامة في سلسلة القيم المنقولة، فقد احتزال المشرع بالمواد من 292 إلى 325 من القانون رقم 1795 التي لا يمكن الإثارة على الأقل، إلى أن سندات القرض، قيم منقولة قابلة للتداول، تصدرها

كل صنف من أصنافها حقوق مماثلة للملكية أو الدين العام، في ممتلكات الشخص المعنوي الذي يصدره¹¹⁰⁹.

وتدخل في حكم القيم المنقولة "الحصص المملوكة لصناديق للتوظيف المشتركة المنصوص عليها في الظهير الشريف رقم 193.213 الصادر بتاريخ 21 شتنبر 1993 المتعلق بالهبات المكلفة بالتوظيف الجماعي للقيم المنقولة"¹¹¹⁰.

شركات المساهمة والأشخاص المعنوية الأخرى التي يحددها القانون، قصد الحصول على فرص جماعي وجب الاستحقاق على الأمد الطويل أو المتوسط مقبول فائدة، قصد تمويل مشاريعها وأنشطتها، عن طريق دعوة الجمهور إلى الاشتراك.

وهي تنشأ بقيم متسوية، وتكون اسمية أو للحمل، كالأسهم وشهادات لاستثمار كما أن لها مميزات خاصة بها، من ذلك أن أصحابها يكونون كتلة متمتع بالشخصية المعنوية تدافع عن حقوقهم المشتركة وهم يعتبرون دائنين للشركة لا مساهمين أو مشاركين في إدارتها أو التصويت على قراراتها، وإنما فقط على فائدة متساوية ثابتة ولو تعرضت الشركة للحسار، ناهيك عن أنهم يملكون الحق في استرداد قيمتها بطول الأجل المتفق عليها، وغير ذلك.

ومن أنواعها تذكر مثلا السندات العادية ذات الاستحقاق الثابت والصادرة بالقيمة الاسمية، وسندات الصانع، والسندات الصادرة بفائدة وما إليها. للمزيد من التوسع بشأن سندات القرض، راجع:

- أحمد شكري المدياني، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثالث: شركات المساهمة، مرجع سابق، من ص 375 إلى 436.
1109 - الشيء الذي تقضي به الفقرة الأولى من المادة 2 من القانون المتعلق بهيئة القيم.

أنظر أيضا بخصوص تعريفها المادة 1 من الظهير الشريف رقم 196.246 الصادر في 9 ديسبر 1997 بتعديل القانون رقم 3596 المتعلق بإحداث ربيع مركزي وتأسيس نظام عام لتقييم بعض القيم في الحساب. المنشور بالجريدة الرسمية عدد 4448 بتاريخ 16 يناير 1997، ص 80.

1110 - تبعا لما ورد في الفقرة 2 من نفس المادة المذكورة في الهامش السابق.

ولعل من أبرز ما تنقسم به القيم المنقولة، كونها عبارة عن أموال منقولة، قد تكون معنوية أو مادية¹¹¹¹ قابلة للتداول¹¹¹² ولا تستهلك من طريق الاستعمال¹¹¹³ ناهيك عن أنه يحوز رهنا حبريا، وكذلك حجزها بحسب الحالات.

والجدير بالذكر، أن الظهير الشريف رقم 16.151 الصادر في 25 غشت 2016 بتنفيذ القانون رقم 14.19 المتعلق ببورصة القيم وشركات البورصة والعرضين في الاستثمار المالي، الذي نسخ مقتضيات الظهير

1111- إن العلم بالمنقولة لمعنوية، هي تلك التي لا تكون مجسمة ماديا كما هو الحال بالنسبة للقيم المنقولة الاسمية، وبذلك يخالف القيم المنقولة لحاملها التي تكون مجسمة.

وفي هذا الصدد، تنص المادة 245 من القانون رقم 17.95- في فقراتها 2 و 3 و 4 -على ما يلي:

"في القيم المنقولة الاسمية لا تجسم ماديا، وينتج حق حاملها بمجرد تقيدها في سجل التحويلات المشار إليه في الفقرة الأخيرة من هذه المادة.

كل سند لم يتم إنشاؤه ماديا يعتبر اسميا.

يمكن لكل حامل قيمة منقولة في جدار بين الشكل الاسمي والشكل للحامل، لم يصر القانون على خلاف ذلك".

1112- يتم تداول القيم المنقولة بالمداولة اليدوية فيما لو كانت لحاملها، أو بجراء تحويل في سجل معد لهد الغرض إذا كانت اسمية، يدعى "سجل التحويلات" الذي تأسست إليه الفقرة الأخيرة من المادة المنكورة أعلاه بقولها:

يجب على كل شركة مساهمة أن تمتلك بمقرها الاجتماعي سجلا يسمى سجل التحويلات يفيد به ترتيبا، وبمراجعة تاريخها، الاكتتاب والتحويلات لكل فئة من القيم الاسمية، وترقم صفحاته، ويوقع عليه من طرف رئيس المحكمة. ويحق لكل حامل قيمة اسمية مسندة من الشركة أن يحصل على نسخة مشهود بمطابقتها للأصل ... وفي حالة صباح السجل، تمنح للنسخ قوة الإثبات".

أي بالتحويل من حساب إلى آخر، أو كلف رسميه.

1113- بعد شكري السباعي، الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي، الجزء الثالث، شركات المساهمة، مرجع سابق، ص 239.

محمد لفرجي، العقود المدنية بين مدونة التجارة والقانون المدني، مرجع سابق ص 399.

المشريع لمعتبر بمثابة القانون رقم 193211 الصادر في 21 شتنبر 1993
المتعلق ببورصة القيم كما وقع تنقيحه وتغييره، عملا بالمادة 129 منه لم
يعرف القيم المنقولة، والعبارة الواردة فيه هي "الأدوات المالية" التي
أحل¹¹⁴ في تعريفها على المدة الثانية من المظهر الشريف رقم
1255 الصادر في 28 محرم 2012 ستعيد القانون رقم 44.12 المتعلق
بدعوة الجمهور إلى الاكتتاب وبالمعلومات المطلوبة إلى الأشخاص
المسوية والهيئات التي تدعو الجمهور إلى الاكتتاب في أسهمها أو
سنداتها، والتي وفقا لها تعتبر أدوات مالية:

- سندات رأس المال الممثلة أي الأسهم والسندات الأخرى التي
تسمح بالمشاركة بصفة مباشرة في رأسمال أو في حقوق التصويت التي
تكون قابلة للتحويل بقيدتها في حساب أو عن طريق التداول؛

- سندات الديون التي تمثل حفا في دين عام في ممتلكات
الشخص المعنوي الذي يصدرها والتي تكون قابلة للتحويل بقيدتها في
حساب عن طريق التداول، باستثناء الأوراق التجارية وأدوات الصندوق

- حصص هيئات التوظيف الجماعي للقيم المنقولة، للحاضنة
للتشريع الجاري به العمل؛

- السندات التي تصدرها صناديق التوظيف الجماعي للتأمين
الخاصة للقانون 33.06 بما في ذلك شهادة المسكوك، وغير ذلك.

2- خصائص رهن القيم المنقولة

يعتبر رهن القيم المنقولة بمثابة الحلقة الأخيرة التي حتم بها
المشرع المغربي سلسلة العقود التجارية للبنكية بصورة خاصة، والكتائب
الرابع من مدونة التجارة بصورة عامة، حيث تناوله في المواد من 537
إلى 544 منها.

114 - وبالمضبط في البند 1 من الفقرة 1 من المادة 1 منه.

وهو رهن حيازتي لأمر المشرع وروده على صائر القيم المنقولة
كيفما كان شكلها، كما أنه ابتغاء تحقيقه الهدف المتوخى منه برصده
إحدى الضمانات العينية، فحده قد رسم له وظيفة معينة - ولو صرح
التعبير - قوامها أنه يتم إجراؤه من أجل ضمان الوفاء بالالتزامات حتى
ولو كان المنع المستحق غير محدد إذا كان الأمر يتعلق بمبلغ من
النقد، بل ولصالح تنفيذه ولو كانت محتملة للحصول حين إنشاءه.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه يستنتج من بعض مقتضيات
المصنعة في المولد أعلاه، أن القواعد التي تحكم رهن القيم تنوع
بين مدونة التجارة¹¹¹⁵ وقانون الالتزامات والعقود¹¹¹⁶ والتي نطلق
من خلاصة لما جاء فيها، يمكن القول، إن ثبوت هذا الرهن يكون
بواسطة التظهير الصحيح، أو التحويل على وجه الضمحل¹¹¹⁷

1115- في جانبها المتعلق بالرهن التجاري المنصوص عليه في كتابها الرابع -
والذي سبق أن نظرنا إليه - مع مراعاة الباب الخامس منه الذي يشمل على
مقتضيات أخرى خاصة برهن القيم.

1116- الذي يحتوي على القواعد العامة بشأن الرهن الحيازي للمنقول - المذكور
في الفصول من 1184 إلى 1230 منه - والتي يحيل عليها المادة 337 من مدونة
التجارة بقولها:

"يخضع الرهن الحيازي للمنقول المنشأ من تاجر أو غيره بمهنية عمل تجاري
للمقتضيات العامة الواردة في الفصول من 1184 إلى 1230 من التظهير الشريف
المؤرخ في 12 غشت 1913 المنطبق بالالتزامات والعقود، وكذا للمقتضيات الخاصة
بموضوع الفصل الأول من هذا الباب.

يمكن أن يقتضي الرهن التجاري الشكل الخاص بالإيداع في مخزن عمومي طبق
لمقتضيات الفصل الثاني من هذا الباب.

1117- وفي هذا السياق، ينص المشرع في الفقرتين 2 و3 من المادة 338 من مدونة
التجارة على ما يلي:
"ثبت رهن القيم للمنقولة للتداول بواسطة تظهير صحيح يشير إلى أن تلك القيم
منحت على وجه الضمحل.

ومما ينبغي أخذه بعين الاعتبار في هذا النوع من الرهن، من الدائن المرتب الذي سبق له أن حاز تلك القيم لسبب آخر غير الرهن لا بعد حائزا لها كدائن مرتب، إلا من وقت إبرام الرهن، أو ابتداء من تاريخ تقييد نقل الصمل إليه، فيما لو كانت محل شهادة اسمية تثبت تقييدا في سجلات الشركة المصدرة، أو ابتداء من التاريخ الذي يقوم فيه الغير بتقييدها في حساب حاصر يجب أن يفتح عند أول طلب، في حالة ما إذا كانت بيد الغير لسبب آخر.

وبما كانت القيم المنقولة باختلاف أشكالها، تحمل الرهن، فإنها تحمل أيضا الحجر، غير أنه يميز بشأن وضعيتها القانونية بين الحجر على القيم المنقولة الاسمية، والحجز على القيم لحاملها، حيث تخضع الأولى لمسطره حجر ما للمدين لدى الغير المنظمة في الفصول من 488 إلى 496 من قانون المسطرة المدنية، في حين تعمل الثانية معاملة المنقول المادي.

3- آثار رهن القيم المنقولة

لما كان رهن القيم ضمانا عينية فإنه ينبغي على ذلك أن المدين للرهن لا يلتزم تجاه الدائن المرتب سوى في حدود الضمانة العينية، ما لم يكن مسؤولا بصفة شخصية عن الالتزام للمضمون بالقيم المرهونة.

وهكذا، إذا أخل مقيم الرهن في شكل قيم منقولة بالتزامته للعاقبة، فإن الدين المضمون بهذه الأخيرة يصبح مستحقا فورا، مما يسمح للدائن المرتب بتقاضي الإجراءات اللازمة لاقتضاء دينه، ما عدا

كما أن الأمر... والسجلات الاسمية للشركات التجارية أو المدنية التي يتم نقلها بتحويل في سجلات الشركة، يمكن أن يثبت رهنها أيضا بواسطة تحويل على وجه الضمان بعيد في السجلات المذكورة.

إذا بالر المدین - خلال "الجل قصیر" 1118 بعرض ضمانات عیبة جدیدة
تكون علی الأقل بقدر تلك التي كانت قد أعطيت سابقا علی سبيل
الرهن 1119

مع العلم، أن امتیاز الدائن المرتهن یظل قائما من تاریخ إنشاء الرهن
علی المبالغ المستوفاة من الدين أو للسندات المسلمة عوضا عن
الأخرى 1120

والجدير بالملاحظة، أنه إذا كان المشرع قد اعتبر 1121 باطلا كل
شرط من شأنه أن یجبر الدائن المرتهن تملك الشيء المرهون أو
التصرف فيه بمنأى عن المقتضيات القانونية، فإن الغیر أيضا - الذي تم
تعيينه لحدارة القيمة المرهونة بالاتفاق بین الدائن المرتهن والمدین
لراهن - لا یحق له أن یركن إلی حبس هذه الأخيرة لأسباب سابقة علی

1118 - نعتقد، أن المشرع یقصد بترك العبارة "الاجل قصیر" التي تقتصر إلی
لتحديد الاجل المعقول، الذي كما هو معلوم یشخص القصاص بما یتمتع به من سلطة
تقديرية علی ضوء ظروف الحال، بقول كلمته فيه.

1119 - انظر المادة 543 من نفس المدونة.

1120 - وهو ما تنص علیه المادة 542 من نفس المدونة.

ولا یفوت الإشارة هنا، إلی أن المادة 340 - فی فقرتيها 1 و 2 - من المدونة تنص
علی إمكانية بيع "الشيء المرهون" فی حالة عدم الوفاء فی تاریخ الاستحقاق
بقولها:

"فی حالة عدم الوفاء فی تاریخ الاستحقاق، يمكن للدائن، داخل اجل مبدعة أيام وبعد
تسليم المدين وملك الشيء المرهون من وجد، أن یجري بيع الأشياء المرهونة
بالمرد العالی.

لنوم بالتبع كالتی الضبط لدى المحكمة الموجودة بمقرها موطن الدائن أو الشخص
المتعلق علیه، وذلك وفق مقتضيات قانون المصطرة المدنية الحاصلة بالتبوعات
الناجمة عن لحمل التنفيذي"

ولما یشمل بيع القيم المنقولة المرهونة علی وجه التحديد، فإنه يتم ببورصة القيم
التي تد سوقا مالية منظمة لحكمها تقلد راسخة وكوافين حلصة، لذلك لا يمكننا
بمنزلة بلطحت من مصطرة بيع القيم المنقولة المرهونة داخل هذه السوق، لأنه
یشمل مجالا أوسع مما نحن فيه الآن.

1121 فی الفقرة الأخيرة من المادة 340 من مدونة التجارة.

الرهن، إذا لم يحتفظ لنفسه صراحة بهذا الحق أثناء قبوله تسلم القيم المرهونة.

وكخطاء حمائي لتعامل بهذا النوع من الصفقات العيبية، قرر المشرع المغربي جراء جنائيا يتمل في فرض عقوبة حسية ررامة¹¹²² على مقدم الرهن أو حائزه سيء النية، الذي يلجأ إلى رهن ممتلكات في ملك الغير كان قد سبق رهنتها، أو يقوم ببعض التصرفات التي يقوم من شأنها أن تحول دون ممارسة الدائر المرتهن أو الغير الحائر لرهن لحقوقه.

1122- وهي حسب المادة 544 الحبس لمدة تتراوح ما بين ستة أشهر وستين ويغرامة من 2000 إلى 10000.

المبحث الثاني عقد الائتمان الإيجاري

الائتمان الإيجاري عقد ذو أصول أنجوس أمريكية - وهو سمة
حديثة للتصميم التمويلية، لعبه الفكر المالي في عصر التطور
الاقتصادية والتكنولوجية التي شهدتها العالم، ولقي استحداث غير
وسائل تمويل المقاول وإمدادها بما تحتاج إليه من عقارات وتجير -
وأموال منقولة معنوية، حتى تتمكن من مواكبة العصر والرقع من ريقه
بتنفيذها والريادة في لحظها¹¹²³.

ويشكله التقليدي ونظامه البسيط، عرف الائتمان الإيجاري لدى
بعض المجتمعات القديمة - كمصر لما في العصر الحديث فبرم
يطلق عليه "التيرنج" - لو "التأجير التمويلي" في القانون الأمريكي رقم
نمعة 2008 لو "الاعتماد الإيجاري" في القانون الجزائري رقم 9 لسنة
1996 مثلاً - نشأ في الولايات المتحدة الأمريكية، وانتقل منها - بعد شتى
لتنشره وتعامل المؤسسات المالية به - إلى بلدان أخرى، في مقاسم
فرحاً التي ظهرت بها هذه التقنية في المستينات ومستقر غريب
للممارسة للعقارية عظمها المشرع في البداية بموجب قانون صدر
بتاريخ 2 يوليو 1966 كما احتضنتها مجموعة من الدول العربية
والإفريقية التي أحدثت بها شركات تزاوّل هذا النوع من التمويل.

وبعد المغرب من أكثر الدول التي تأثرت بالتنظيم القانوني
الفرنسي للائتمان الإيجاري، لذلك لا غربة إلى أنتج في وقت مبكر - إلى
حد ما - شركة متخصصة في الائتمان الإيجاري هي شركة Maroc
Leasing التي ظلت وحدها منذ المستينات هي الرائدة في هذا المجال إلى

1123- أنظر في هذا المعنى:

- في محمد دويار، التنظيم القانوني للتأجير التمويلي: دراسة نقدية في القانون
الفرنسي - طبعة سنة 1994 من ص 16 إلى ص 19.

- Christiane Dorne - la leasing (Crédit bail) aux Etats-Unis Techniques bancaires
N° 349, Mars 1976, Page 296.

عامة المبيعات، حيث تلتها شركة نادية هي Maghrebni ثم مرعاس ما
تزايد عدد الشركاء من حد القليل فيما بعد -منها: Inter-Lesing Diac
Maghrebni Leasing Union- Bait Jafabouj Maghrebni
بينها جمعية تدعى بالجمعية لسهنية لشركات التمويل.

لما على المستوى التشريعي، فلا بأس من الإشارة إلى أن
المغرب يعتبر من البلاد التي وقعت على معاهدة روما لتوحيد القانون
الخاص التي تزم في حد بنودها الدول للموقعة عليها بتوحيد تشريعاتها
التجارية وضمن الحماية الفعالة والحقيقية للحقوق المتعلقة بالملكية
الفكرية والصناعية والتجارية، وذلك باعتماد المعايير الدولية المعمور
بها في هذا الشأن.

كما أنه بعد في طبيعة الدول التي وقعت على "اتفاقية أوتوا" حول
الاتمس الإيجاري الدولي التي أعدها المعهد الدولي لتوحيد القانون
الحاصل المؤرخة في 28 ماي 1988¹¹²⁴ وذلك قبل وضع أي مقتضيات
قانونية لهذا الحد.

وفيما يخص أول تشريع وطني صدر ينظم عقد الائتمار
الإيجاري¹¹²⁵ بعد سنين من الممارسة، فإنه يتصل في القانون المتعلق
بنشاط مؤسسات الائتمار ومراقبتها الصادر في 6 يوليوز 1993 الذي لم
يفرد له سوى المادتين الثالثة والخامسة منه، ولما وصفت مدونة لتجارة
صاغت أحكامه في المواد من 431 إلى 442 ضمن القسم الخامس من

1124- أنظر في هذا الصدد:

- المختار بكون، قراءة لاتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن الإيجار
المالي الدولي (أوتوا) 28 ماي 1988). مجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية،
العدد 34 سنة 1994، ص 103 وما بعدها.

وكذلك

- أحمد بركة عزبول، عقد الائتمار الإيجاري على المستقلات بين الفقه والقضاء
الطبعة الأولى، سنة 1998. ص 3 إلى ص 7
1125- ذلك التنظيم الذي من بين ما يمكن ملاحظته عليه، كونه لم يخصص على
سائر تفاصيل هذه العملية، ولما اقتصر على بعض المقتضيات

كتابها الرابع¹¹²⁶ كما خصه القانون رقم 10312 الصادر بتاريخ 20
جنبر 2014 المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة في حكمها
بالمادة الرابعة منه.

فهذا العقد إذن، يشكل من الناحية الاقتصادية وسيلة تمويل، وهو
من ثم يحقق عدة مزايا، باعتبار أنه يوفر للمستأجر وسيلة تمويلية
لمشروعه تسمح له بتطوير معدلات الإنتاج أو اقتناء أخرى جديدة مواكبة
للتطور التكنولوجي دون أن تحيق الصعوبات المتعلقة بوسائل التمويل
التقليدية، مثلما يتيح للمؤجر فرصة استثمار أمواله، كما يعد هذا العقد
بالنسبة للمورد وسيلة لتصريف منتجاته مع الحصول على ثمنها فور
ولا تكف مزاياه عند هذا الحد، بل تنعكس على الاقتصاد الوطني من
خلال زيادة وتطوير للمشروعات الإنتاجية وإيجاد فرص الشغل.

لما من الناحية القانونية، فهو عقد تمتزج فيه للعديد من القواعد
الخاصة ببعض العقود كالإيجار والوكالة والبيع¹¹²⁷ وغيره، الشيء الذي
يجعل منه نظاما قانونيا مركبا يتلاءم مع وظيفته المتمثلة في التمويل
عن طريق الإيجار.

1126- علم أن مشروع مدونة التجارة لسنة 1988 -الذي لم تتم المصادقة عليه-
كان قد نصص بعض الإشارات إلى هذا العقد الذي نحت في الفصلين 404 و405 منه
بالتنويل الإيجاري

1127- وهو إيجار يمكن للمستأجر في مرحلة أولى من الانتفاع بالعين المؤجرة
ويعتبر فيه الوكالة باعتباره الوسيلة القانونية التي تسلكها الشركة المؤجرة حتى
تتمكن من فترة مسؤولية المستأجر عن الأضرار التي قد تلحقها، وكذا البيع الذي
تتولى شخصيا إبرامه مع المبلغ حيث تكتسب بذلك ملكية المعنول دون أن تكون
لديها القدرة في التمتع بأي حق من الحقوق الشخصية المقررة للمشتري.

المطلب الأول

ماهية عقد الائتمان الإيجاري

صحيح أن الائتمان الإيجاري يعد أحد مصادر التمويل التي
سعت في خلق مشاريع استثمارية أو تطوير أخرى عن طريق إحدى
مركبات التمويل¹¹²⁸ وهي شركة الائتمان الإيجاري التي في مقابل الدور
ذي تلعبه في هذا المجال، يوفر لها هذا النوع من العقود الإطار
الذي يضمن لها استيفاء حقوقها تجاه المستفيد، وبما خوف من
مخاطر التي قد تعترضه.

كما أنه أمام الهيئة التي تعرضها الشركة المذكورة على تحديد
شروط المصنوع الاتفاقي لهذا العقد النموذجي الذي يربط بينها وبين
المستفيد من العملية، والذي يجعلها في مركز قوي، لا يمكن سوى
الإقرار بتميز هذا العقد، بل إن طبيعته المعقدة حثت البعض إلى وصفه
"بالعقد المعقد" الذي يحرك وفقاً للترتيب الرسمي للاستعمال، خمس
تقنيات أساسية، وهي وعد متبادل بالإيجار، ووكالة، وإيجار أثاث، ووعد
بالبيع من جانب واحد، وبيع بصورة عادية أو احتمالية. وهذه العمليات

1128- تولف شركات التمويل إلى جانب البنوك ما يدعى بمؤسسات الائتمان
وتخضع مثلها للظهير الشريف بمثابة قانون ينطق بمؤسسات الائتمان والهيئات
المعتبرة في حكمها، ومن حيث أنواعها، تنقسم شركات التمويل إلى شركات
مخصصة في الائتمان الموجه للاستهلاك، وشركات كبير وسائل الأداء، وشركات
الائتمان العقاري، وشركات الائتمان الإيجاري، وشركات رهون البضائع، وشركات
تقديم الكفالة أو الضمان.

وباستثناء الأصناف الثلاثة الأولى، التي يمكن أن تكون زبناً تجاراً أو غير
تجار، فإن رهباء باقي الأصناف الأخرى منها يتشكلون بالأساس من التجار وروباب
المهن الحرة.

وبرد التنبيه، إلى أنه يجب عدم الخلط بين شركات التمويل وشركات التأمين، حيث
الأخيرة التي يمحصر نشاطها الرئيسي في مدلول المادة 20 من القانون رقم 12 67،
في مراقبة مؤسسة أو أكثر من مؤسسات الائتمان

جميعها تهدف إلى ذات الغاية وتستعمل بصفة رئيسية بغية تحقيق غاية
للزئغ¹¹²⁹.

وحتى نغف على ماهية هذا العقد، رتبنا أن يتناول **صن** هذا
المبحث مجموعة من المسائل التي نعتقد أنها كهيلة بل تحقق هذا
المبتغى، غير أن ما نود إثارة الانتباه إليه هو أننا إلى جانب المقتضيات
الحاصّة بالانتماء الإيجاري الواردة في مدونة التجارة، مستند في هذه
الدراسة على اتفاقية أوطارا وكذا على العقد النموذجي للانتماء
الإيجاري للمنقول لأحدى شركات التمويل وهي شركة Maghrebani -
الموجود مقرها بصيغة الدار البيضاء- وبمطابقة لق فـ العقد محل هذه
الدراسة سيكون هو عقد الانتماء الإيجاري للمنقول، أما بالنسبة لعقد
الانتماء الإيجاري العقاري¹¹³⁰ فنسرجى البحث فيه إلى دراسة مفصلة إلى

1129- مثال إليه لدى:

- عبد السلام الوهبي، عقد الانتماء الإيجاري للمنقول في القانون المغربي، الطبعة
الرابعة للعمل النصابي والسكني، يناير 2004، ص 368، سلسلة الندوات واللقاءات
والأيام الدراسية الملكية المغربية، وزارة العدل المعهد العالي للقضاء
1130- لقد حصت مدونة التجارة عقد الانتماء الإيجاري العقاري ببعض
المقتضيات أوردها بعد تعريفه في السند الثاني من المذلة 431- في المواد 434
و435 و441.

حيث تنص المادة 434 على أنه:

"لا تطبق على عقد الانتماء الإيجاري العقاري مقتضيات الظهير الشريف المؤرخ
في 3 يناير 1953 المنبثق بالمرجعه النورية للسومة الكثرية للمحلات المعدة
لتجارة أو الصناعة أو الحرف، ومقتضيات الظهير الشريف المؤرخ في 24 ماي
1955 المنبثق بالكرية للمحلات المعدة للتجارة والصناعة والحرف، وكذا مقتضيات
القانون رقم 6.79 المنظم للعلاقات التعاقدية بين المكريين والمكترين لمحلات السكنى
أو المعدة للاهتمام المهني الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 380.315 بتاريخ
25 دجنبر 1980"

وتنص المادة 435 بأنه:

"في حالة عدم تعهد المكترى لانتمائه المتعلقة بداء المستحقات الناجمة
من الانتماء الإيجاري الواجبة الأداء لـ رئيس المحكمة مختص بصفته قاضيا
للمستعجلات، للأمر بإرجاع المثل بعد مغفرة واقعة عدم الأداء. لا يلتجأ إلى
-570-

شاء الله هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، إنه لا ينبغي أن يفهم من دراستنا لهذا العقد تحت نفس الفصل الذي خصصناه للعقود البنكية عسرة منها، وإنما تفيد من لدنا بالتصنيف الفقهي للعقود التجارية والتي بعد الائتمان الإيجاري واحدا منها، إلى جانب كل من الرهن والوكالة التجارية والسفيرة والوكالة بالعمولة ثم النقل.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، نلفت نظر القارئ الكريم إلى أننا استعملنا في هذه الدراسة كلمة "عقد"، اعتصارا لأن المشروع أدرجه في الكتاب الرابع صراحة ضمن العقود التجارية، وإن كان في معرض تعريفه له قد استعمل عبارة "عملية الإكراء أو لإيجار" بعض النطر عن تكييفها.

الفقرة الأولى: تعريف عقد الائتمان الإيجاري

تعرف المادة 431 من مدونة التجارة عقد الائتمان الإيجاري بقولها:

"بعد عقد إئتمان إيجاري وفق مقتضيات المادة الثامنة من الظهير الشريف رقم 193.147 الصادر في 6 يوليوز 1993 لمعتبر بمثابة قانون يتعلق ببنشاط مؤسسات الائتمان ومراقبتها؛

المسطرة موضوع الفقرة الأولى إلا بعد استيفاء كل الوثائق الواجبة المضار إليها في المادة 433 لإنهاء النزاع".

وجاء في المادة 441 أنه:

"في مادة الائتمان الإيجاري العقاري، يشير عقد الإكراء وكذا تعديل ريعه به في المحافظة العقارية، وفقا لأحكام الظهير الشريف الصادر في 12 غشت بشأن التحفظ العقاري".

وجاء في البند 3 من الفصل 5 من نص عقد المودعي أنه:

"يتمتع على المستأجر أن يقرم عقد الإقتضاء وعلى بلفته بتقيد لدى المحافظة على الأملاك العقارية لحق ملكية المودع على الأشياء التي يمكن أن تكون لها صفة قانونية عصرية بطبيعتها أو بتخصيصها بمفهوم الفصلين 6 و 7 من ظهير 2 يونيو 1915 المتعلق بالمعاملات المحفظة".

1- كل عملية إكراء لسلع التجهيري أو المعدات أو الآلات التي يمكن للمكثري كيفما كان تكييف تلك العمليات من أن يمتلك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع المكتراة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبالغ المدفوعة على سبيل الكراء (الانتمس الإيجاري للمقول).

2- كل عملية إكراء للعقارات المعدة لغرض سكني تم شراؤها من طرف المالك لو بناها لحسابه، إذا كان من شأن هذه العملية كيفما كان تكييفها أن تمكن للمكثري من أن يصير ملكا لكل أو بعض الأموال المكتراة على أبعد تقدير عند انقضاء أجل الكراء (الانتمس الإيجاري للعقاري).

والجدير بالذكر، أنه حلت محل المادة الثامنة للموما إليها في إطار المادة 431 من مدونة التجارة، المادة الرابعة من ظهير 4 فبراير 2006، التي جعلت عمليات الانتمس الإيجاري لا تقتصر على العقار والعقار، وإنما تشمل أيضا الأصل للتجاري أو أحد عناصره المعنوية والتي حلت محلها هي الأخرى المادة 4 من ظهير 24 جبر 2014، ورو فيها ما يلي:

تشمل العمليات المتعلقة بالانتمس الإيجاري وبالإيجار التي يكون فيها للمستأجر خيار شراء العين المؤجرة والمشار إليه في المادة 3 أعلاه:

- عمليات إيجار المنقولات التي تمكن المستأجر، كيفما كان تكييف تلك العمليات، من أن يمتلك في تاريخ يحدده مع المالك، كل أو بعض المنقولات المستأجرة، مقابل ثمن متفق عليه يراعى فيه تحديد على الأقل جزء من المبالغ المدفوعة على سبيل الإيجار.

- العمليات التي تقوم بموجبها منشأة بإيجار عقارات تكون قد اشترتها لو سنها لحسابها، إذا كان من شأن هذه العمليات كيفما كان تكييفها، أن تمكن المستأجر من أن يصبح ملكا لكل أو بعض الممتلكات المستأجرة عند انتهاء عقد الإيجار كقضى أجل.

- عمليات إيجار الأصول التجارية أو أحد عناصرها المعنوية التي تمكن المستأجر، كيفما كان تكييف تلك العمليات، من أن يمتلك الأصل

الإيجاري لو أحد عناصره المعنوية، في تاريخ يحدده مع المالك، مقابل ثمن متفق عليه، يراعى في تحديده جزء منه على الأقل المبالغ المطلوبة عن سبيل الإيجار، باستثناء كل عملية إيجار تفضي إلى تقويت الأصل التجاري المذكور أو أحد عناصره للمالك الأصلي.

الإيجار المخصص إلى التقوية، هو العقد الذي تباع بموجبه مشاة مكان يستعمله في شخص يسلمه إليها فوراً على سبيل الانتماء الإيجاري.

وكما يتضح من النص، فإن المشرع اكتفى في هذا التعريف - سواء على مستوى مدونة التجارة أو على مستوى القانون السكي - بذكر العمليات التي تشكل ما يسمى بالانتماء الإيجاري، وكيفياتها كراء أو إيجار مع إمكانية منح المستفيد خيار تملك الأشياء المكتراة أو المستأجرة، مما يوحي بأن العلاقة التي تربط بين شركة الانتماء الإيجاري والمستفيد تحسم بقواعد العمة المقررة في القانون المدني المتعلقة بعقد إيجار وذلك إلى غاية استعمال المستفيد لجبل الشراء.

أضف إلى ذلك، أنه لم يحدد العرض الذي من أجله يتم كراء السلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات - على عكس مشروع مدونة التجارة الذي كان ينص¹¹³¹ على أن هذه المعقولات تخصص من طرف المكري لعمليات مهية فقط وكذلك اتفاقية لوطوا التي تفضي¹¹³² إلى: "هذه الاتفاقية تنظم عمليات الإيجار المالي المتعلقة بكر المعدات باستثناء تلك التي يستعمل من طرف المستأجر المالي بصفة رئيسة لأغراضه الشخصية أو العائلية أو المنزلية".

ومع ذلك، يجب القول إن السلع لتجهيزية المقصودة هي التي تكون معدة أو مخصصة لعرض مهني هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإن عقد الانتماء الإيجاري للمعقول يرد على المعقولات المالية وكذلك المعنوية عملاً بالقانون رقم 34.03.

1131- في الفقرة 1 من الفصل 404 مله.

1132- في الفقرة الأخيرة من المادة 1 منها.

ثم إن المشرع أدرج في نفس المادة، وإلى جانب عمليات الائتمان الإيجاري، عقدا آخر، ألا وهو الإيجار المقتضي إلى التملك الذي يعتبر إلى جانب العمليات المذكورة، في حكم عمليات الائتمان خلا بالمادة الثالثة من القانون رقم 12-103، والذي نعتقد أنه هو ما يطلق عليه لدى تشريعات أخرى¹¹³³ "لتأجير التمويل لاحق" كصورة من صور التأجير التمويلي وهو عملية مركبة من عقد بيع يليه عقد تأجير مع تخيير البائع في عودة العين إليه بعقد بيع ثالث عند انتهاء العقد فيقوم البائع ببيع عين لينك في العقد الأول، ثم يستأجرها منه تأجيرا تمويليا في عقد ثان، ويهدف في مجموعها إلى إعادة استثمار البائع لعينه التي باعها بغية الحصول على سيولة مالية والحفاظ على حق الانتفاع بالعين المبيعة.

1133- كما هو الحال مثلا بالنسبة للقانون المصري رقم 95 لسنة 1995 المنطبق بالتأجير التمويلي الذي عرفه في البند الثالث من المادة الثانية منه بأنه: "كل عقد يقترن بمقتضاء المؤجر بتأجير مال إلى المستأجر تأجيرا تمويليا بد كس هذا المال قد أقت ملكونه إلى المؤجر من المستأجر بموجب عقد يتوقف بفاؤه على إبرام عقد لتأجير تمويل".
نذكر بخصوص التأجير التمويلي لاحق:
- هاني محمد دويدار، نظام القانوني للتأجير التمويلي، دراسة نقدية في القانون الفرنسي، مرجع سابق، ص 73.
انظر أيضا.

lease-back

Une variante du leasing est le lease-back qu'en matière immobilière ou il est surtout utilisé, on appelle souvent cession-bail, et en matière mobilière (par ex contrats informels), matériels divers, leasing adossé. Une entreprise de leasing achète le bien d'équipement à un fournisseur, puis à son propre contactant qui en était propriétaire et le lui loue à titre de leasing. Plus encore une sûreté, source de crédit. La société de crédit-bail prête de l'argent en se garantissant par une propriété fiduciaire, tandis que le crédit-bail ordinaire permet de se procurer à crédit un bien en nature. A la différence du crédit-bail, il n'existe que deux parties, le locataire étant le fournisseur.

-Philippe Marauce et Laurent Ayé, OP cit P468 469
-574-

هذا عن تعريف الائتمان الإيجاري كعقد تجاري ينص الفدرس
سأ عن كيفية إجراء هذه التقنية التمويلية عمليا، فيمكن تلخيصها في قيام
مؤسسة مالية متخصصة مرخص لها قانونا، بشراء مقولات وتسليمها
إلى المستفيد على وجه الكراء أو الإيجار بعد احتياار هذا الأخير للمورد
والإتفاق معه على سائر العناصر الضرورية، كالشئ والمصارف
وتاريخ التسليم، وكنه سيشتريها من ماله الخاص¹¹³⁴ ثم تقوم شركة
الائتمان الإيجاري بالشراء باسمها¹¹³⁵ وتتعاقد مع المستفيد على كراء ما
تشرته لفائدته لمدة معينة غالبا ما تستغرق ثمن الشراء، علاوة على
الربح، ويقع الاتفاق مسبقا على أداء المستفيد دفعات مالية خلال مدة
تستعمل الأشياء وزمن ومكان الوفاء بها، وعلى عدم فسخ العقد طوال
المدة المتفق عليها فيه، وعلى تحمل كل مسؤولية يمكن أن تترتب عليه

1134- وهو ما ورد في العقد النموذجي لشركة Maghrebail حيث تنص الفقرة 2
من الفصل 1 منه على أن:

"هذه المعدات تم اعتبارها من طرف المستأجر تحت مسؤوليته وبالشروط التي
نقشتها بحرية وبالحصوص المنطقة منها بالشئ والأداء والأجل وطرف ويمكن
التسليم. وتزجر هذه المعدات للمستأجر حسب الشروط المنصوص عليها مسله".
كما نصت عليه اتفاقية لوطاوا في البند (أ) من الفقرة 2 من المادة 1 بقولها:
"إن المستأجر المالي يحتكر المعدات والمواد دون الاستعانة بصفة حاسمة بخبرة
المؤجر المالي".

1135- وفي هذا السياق، نصفي الفقرة 1 من الفصل 1 من الشروط لعلمة لعقد
الائتمان الإيجاري للمقول كما صاغتها شركت الائتمان الإيجاري Maghrebail
بأنه:

"في إطار عملية الائتمان الإيجاري كما تم للتصميم عليها في الفصل 41 وما
يليه من مدونة للتجارة، تقدم المؤجر بصفته وكيل لمستأجر بطلبية لمعدات معينة
في الفصص الأول بطلباب المتعلق بالشروط الخاصة لصفه".
وهو ما عبرت عنه اتفاقية لوطاوا في البند (ب) من الفقرة 2 من المادة 1 بقولها:
"إن إقتناء المعدات يقع على عاتق المؤجر المالي بموجب عقد الإيجار المالي
المبرم أو الذي سيبرم بين المؤجر المالي والمستأجر المالي، والذي يتم بهام
المورد".

وبعد انتهاء المدة، يكون للمستفيد الخيار بين إرجاع الأشياء إلى شركة
الائتمان الإيجاري في شكل صالح للاستعمال أو تملكها مقابل ثمن
تراضي فيه أقساط الكراء والقيمة المتبقية منها بعد الاستعمال، ويجوز
الكراء.

الفقرة الثانية: خصائص عقد الائتمان الإيجاري

يتميز الائتمان الإيجاري كآلية من آليات التعاقد وكتقنية لتمويل
تمويلية، مجموعة من الخصائص ترتبط بقيام شركة التمويل بحكم
مهنته بالوساطة بين البائع أو المورد، والمستفيد، عن طريق التمويل
وتشراط الاحتفاظ بملكيتها للأصل على وجه الضمان إلى أن تنتهي مدة
العقد¹¹³⁶ ويستعمل هذا الأخير أحد الخيارات المذولة له بموجب العقد،
بل تعرضها في الأصل طبيعة هذا العقد التجاري الذي يخرج على
القواعد العامة للإيجار، ويضم بالصانع المالي من خلال التمويل الذي
يؤخذ بعين الاعتبار في تحديد شروط الدفع من قبل المستأجر وتحديد
ثمن حيز الشراء من أجل قضاء ملكية الأصل.

1136- ملكية لشركة المؤجرة للأصل الذي تحتفظ به طوال مدة العقد، يعتبر من
السمات العامة التي تملكها من طلب فسخ العقد عند إحلال المستأجر بالترافق
الحدية، كما يعبرها من الصعوبات المالية لهذا الأخير، فهي إذن بوصفها مالكة له
تتمتع بمركز قانوني مهم لها ما قررنا في مركز قانوني آخر قد يقشأ عن تقديم
المستأجر لصفقات عينية، إذ يفصله فتجلب دراسة دائنيه ويستفيد هؤلاء من
قيمة بالتعهد على هذا الأصل لكونه لا يدخل ضمن الصنع للعلم لديهم، وبالتالي
تبقى ملكية علقة للشركة المؤجرة.

ولكن هل هذا على شيء، وإنما يدل على أن الملكية تؤلف كضامن في الملكية
الائتمانية العامة بين المتعاملين، ذلك أن اعتبار العقد الرابح بين الشركة المؤجرة
والمستأجر عند الكراء، يعني أنه يعول للمستأجر الانتفاع بالعين المؤجرة، وفي نفس
الوقت يعتبر تجسداً للاحتفاظ بالملكية إلى غاية ممارسة الخيار، وإذا كان شرط
الاحتفاظ بالملكية لا يظهر صراحة من صلب الاتفاق، إلا أنه يستتر وراء فكرة
الإيجار الذي يد بطبيعته عقداً يرد على مبالغ الأرباح لا عقداً بالملكية.

ولعل حضور هذه العناصر بطرح العديد من التساؤلات حول الخصائص التي يستقل بها هذا العقد أو هذه العملية المركبة، والتي تؤكد أن تناولها فقط من ناحيتين: أولاً من ناحية خروج الائتمان الإيجاري على القواعد العامة للإيجار، وثانياً من ناحية الصيغة العالية التي يتسم بها.

أولاً: خروج الائتمان الإيجاري على القواعد العامة للإيجار

يحتل عقد الإيجار طبقاً للقواعد العامة من العقود الواردة على منافع الأعيان، ومن خصائصه الأساسية أنه عقد رضائي، وعقد مستمر، وعقد ملزم للجانبين، أم الائتمان الإيجاري، فيخرج في العديد من النواحي عن هذه القواعد، سنتناول منها فقط ما يلي:

1- من حيث الأطراف المتدخلية في إنشاء الائتمان الإيجاري والتزاماتها

تتدخل في إنشاء الائتمان الإيجاري شركة الائتمان الإيجاري من جهة - بوصفها المكري أو المرجر - التي تعتبر من بين مؤسسات الائتمان، حيث يسري عليها القانون رقم 103.12 الصادر بتاريخ 24 سبتمبر 2014 الذي انطلقاً منه يمكن القول بأنه لا يمكنها مرولة نشاطها إلا بعد حصولها على رخصة الاعتماد من الوزارة الوصية، كما أنها تخضع شأنها في ذلك شأن مؤسسات الائتمان الأخرى لمراقبة بنك المغرب. ثم المستفيد من العملية أو المكثري أو المستأجر، ومن جهة أخرى، اللبائع الذي يورد المنقول، بحيث ينقل ملكيته إلى الشركة المذكورة التي تشتريه في مقابل ثمن.

وعلى ضوء هذه العلاقات العبثية عن الائتمان الإيجاري يتضح بأن هذا الأخير يتركب من عقدتين مميزتين: عقد البيع أو عقد

التوريد¹¹³⁷ الذي يجمع ما بين المورد وشركة الانتماء الإيجاري. الانتماء الإيجاري الذي يدرج بين هذه الأخيرة والمستفيد¹¹³⁸ من هذا الانتماء الإيجاري على الانتماء الإيجاري بمفهومه الواسع، تلك التعصية التي تعتبر فيها شركة الانتماء الإيجاري العنصر المحوري ونمبه، مما يحولها بحكم مركزها للقانوني القوي، أملاء للشروط التي من شأنها أن تكفل ضمان حماية مصالحها المالية.

وبعبارة أخرى، فإن العلاقة الرئيسية في هذه العملية، هي تلك التي تربط المستأجر بالمزجر، والتي يحتفظ فيها هذا الأخير بحق ملكية الأصل، في حين ليس للمستأجر إلا استعماله وفق الشروط المحددة في الوفاء بسلطات الالتزامات العلاقة على عاتقه.

وحتى يتمكن من أداء وظائفه التمويلية، يحرص المستأجر الإيجاري عن القواعد التي تحكم عقد الإيجار في القانون المدني بوصفه المثال النموذجي للحقوق المستمرة التي يلبس فيها الزمن دوراً أساسياً فيما يترتب عنها من التزامات، ذلك أن شركة التمويل تعي نفسها مسر

1137- ولا ترقى الإشارة في هذا الصدد، إلى أن عقد التوريد يعتبر أيضاً من العقود الإدارية، وهو يخلق بين شخصين أحدهما شخص من أشخاص القانون العام، والآخر شخص من أشخاص القانون الخاص - طبيعي أو معنوي - بمقتضاء يتعهد هذا الأخير بتوريد متعلقات معينة للطرف الأول مقابل ثمن محدد، وهكذا فلم يوسع هذا العقد يكم في أشياء متفرقة كالتصنيع وغيرها.

1138- وفي هذا السياق تنص الفقرة 1 من المادة 1 من اتفاقية لوطوا على أنه: "تنظم هذه الاتفاقية عملية الإيجار المالي المحددة في الفقرة الثانية والتي يقوم فيها طرف "المزجر المالي":

أ- بإعارة "هذا المورد" بتمويل من طرف آخر "المستأجر المالي" مع طرف ثالث "المورد" بمقتضاء يقتضي أداة تجهيز، أو أجهز أو أدوات "المعدات" وفق مقتضىات يوافق عليها المستأجر المالي في حدود ما يهمنه، وكذا: ب- بإعارة عقد "عقد الإيجار المالي" مع المستأجر المالي الذي يحول لهذا الأخير الحق في استعمال المعدات مقابل أداء أجرة الإيجار.

حل الالتزامات التي تفرضها عادة القواعد المذكورة على المؤجر وتعتبر نفسها قد نفذت التزاماتها العقابية بمجرد دفع الثمن للمورد ووضع الشيء تحت تصرف المستأجر.

ومن ثم، فإن الاتصال بالإيجري وإن كان يترك التزامات متعلقة لمبرمه للمؤجر والمستأجر، إلا أنه بالرجوع إلى الشروط العامة للعقد النموذجية للاتمان الإيجاري، نجد أن شركة الاتمان الإيجري تتحلل من العديد من الالتزامات تمثلها مع المصانع المملوكة الذي تنضم به العملية والذي يجعل مدة العقد غير قابلة للرجوع فيها لو تعديله، بحكم أن المؤجر لشترى الأصل -الذي حدد المستأجر مواصفاته للمورد- بما يتفق وحاجياته- قصد تأجير.

في هذا الشأن، ورد في الفصل السادس من الشروط العامة لعقد الاتمان الإيجاري للمنفول لشركة Maghrebat أنه:
"استثناء لمقتضيات الفصل 638 من قانون الالتزامات والعقود، يتحمل المستأجر كل المصاريف الضرورية في استعمال وصيانة المعدات، كما يلتزم هذا الأخير بأن يحافظ على هذه المعدات في حالة صالحة للاستعمال...".

وجاء في الفصل السابع من يلي:
"العقد الحالي هي مبرمة بصورة نهائية وإلزامية لمدة أولى كما هي محددة في الفصل الثاني من الشروط الخاصة، وتعتمد إلى مدة ثانية اختيارية.
إن أجل المدة الأولى النهائية والإلزامية يتدنى سريانه عن تاريخ تسليم الآلات".

وإن دل هذا على شيء، فإنما يدل على أن المدة الحاسمة للاتمان الإيجاري تستخدم كوسيلة لتحديد اتصال العقد، أي محتوى الالتزامات المالية للمستأجر، وتضمن لهذا الأخير استعمال الأصل إلى

غاية انتهاء استهلاك لغرضه الاقتصادية¹¹³⁹ وحتى تجسد الشيء المؤجرة هذا العقد مطابقا للروح المالية التي كانت الحافز لاساسي في عدم قبلية منته لرجوع فيها أو تعديلها فانها تعفي نفسها من الالتزامات المقررة في القواعد العامة.

2- من حيث وظيفة خيار الشراء في الائتمان الإيجاري

ينطوي لائتمان الإيجاري على عنصر أساسي يعتبر من روحه وجوهره ألا وهو الوعد المنفرد بالبيع من جهة المؤجر، وخيار الشراء من طرف المستأجر، وهكذا فإن "الوعد بالائتمان" الذي هو عادة نص صريح تهيئ لإبرام اتفاق ما، يشكل في الائتمان الإيجاري، إحدى الطرق لإنهاء العملية الشيء الذي يميزه عن عقد الإيجار كما تنظمه القواعد العامة في القانون المدني، باعتبار أن للمستأجر لا يكون ملزما باقتناء حق ملكية لأصل في نهاية مدة الإيجار، بل يمكنه أن يختار إما تجديد العقد والاستمرار في استعمال الأصل على مسيل الإيجار، أو رده إلى المؤجر.

هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، فإن شركة التمويل، تستخدم تقنية الإيجار بظن للمراب المتحدة التي تقدمها، لاسيما وأنها وسيلة فعالة للاحتفاظ بحق ملكية الأصل، أما الوعد المنفرد بالبيع فيعتبر وسيلة للنخلص من الأصل لما يفقد قيمته وفائدته، وذلك ضمن الشروط تسمح بالاحتفاظ على المصالح الذي يحتفظ به المؤجر طول مدة الإيجار.

ولعل هذا التزاوج بين الإيجار والوعد بالبيع، هو الذي يندرج الائتمان الإيجاري، الذي عبر عنه المشرع بقوله في المادة 431 من مدونة التجارة:

"1- كل عملية إكراء...التي تمكن الماكترى كيعما كان تكييف تلك العملية من أن يمتلك في تاريخ يحدده مع المالك كل أو بعض السلع

-1139

-Charles Goyel. OP Cit. P 29.

-Raynaud Turille: le modèle comptable patrimonial: les enjeux d'un droit comptable substantiel. Thèse de doctorat Université Paris 1. 1993 P 79.

منذ انقضاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من المبلغ
مستوعبة على سبيل الكراء....".

وللإشارة، فإنه بعد انتهاء مدة الإيجار، يخول عقد الانتقال
إيجاري للمستفيد مكنة استعمال أحد الخيارات الثلاث الآتية: إما إعادة
منه للمؤجر لشركة لاتيمان الإيجاري في شكل صلح للاستعمال أو
مرئته وتملكه مقابل ثمن يقل عادة عن ثمن الشيء الفعلي لأنه يراعى
فيه انقضاء الكراء التي تم أدائها من ناحية، والقيمة المتبقية له أو ما
يسمى بالامتلاك من ناحية أخرى. أما الخيار الأخير فيكمن في تحديد
عقد الكراء لمدة لاحقة¹⁴⁰.

1140- وهو ما قرره اتفاقية أوطاوا في الفقرة 2 من المادة 9 منها حيث ذهبت إلى
أنه:

"عند نهاية عقد الإيجار المالي، على المستأجر المالي إرجاع المعدات إلى المؤجر
لمالي وفق حالتها المحددة في الفقرة السابقة ما لم يكن قد اشترى هذه المعدات أو
أعاد لكراءها من جديد".

وما كرسه أيضا شركة Maghrebali في عقودها النموذجية، حيث جاء في الفصل
السبع أن:

"الفئة الثالثة هي مبرمة بصحة نهائية وإلزامية لمدة أولى... وتنتهي في مدة نفقة
اختيارية...".

إن المستأجر الذي يرغب في تمديد الإيجار للمدة الثانية الاختيارية... عليه أن يبرر
عن رغبته هذه... وفي حالة عدم قيامه بذلك، فإن المستأجر يكون قد ارتضى مبدأ
خير شراء الآلات بقيمتها المتبقية....".

وفي مطلع الفقرة الأولى من الفصل 10 أنه:

"عند انتهاء الإيجار... يجب على المستأجر أن يقوم على نفقة وتحت مسؤوليته
بإعادة المعدات إلى المؤجر في حالة جيدة للاستعمال ومن الصيانة وبالمكان الذي
يقرره هذا الأخير".

وفي الفصل 17 أنه:

"عند انتهاء المدة التي لزم بشأنها العقد الحالي، يمكن للمستأجر إذا رغب في ذلك
الحصول على تجديد بطابق منه. وفي هذه الحالة، تلتزم من جديد شروط تجديد
العقد بين لأحزاب حسب عناصر الواقع المتغيرة وقت هذا التجديد".

ثانياً: انضمام الائتمان الإيجاري بالمطابق الثاني

في العقود التي تنبئ على مقومات من قبيل الثقة والامانة يستحق المتعاقدون، تدرج على أساس الاعتبار الشخصي، وعليه، إذا كان عقد إيجار الأشياء أو الكراء لا يعقد على أساس الاعتبار الشخصي، ما دام أن المكري يحصل على الأجرة مقابل الثقة للمكثري بالعين المكتراة، فإن عقود الائتمان الإيجاري ترتكز أساساً على الاعتبار الشخصي، الذي من تجلياته في الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري المنقول، منع تقويت المعدات أو كرائها من المالك من طرف المستأجر إلا بشروط في بعض الحالات الاستثنائية، كما يبيد بذلك الفصل التاسع من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري المنقول لشركة Maghrebatil:

"تبقى المعدات ملكاً للمؤجر وحده طيلة مدة الإيجار وإلى يوم الأداء، لا يغطي لقيمته المتبقية من طرف المستأجر، وبالتالي يتمتع المستأجر عن تقويت هذه المعدات أو كرائها أو تسليمها بعائدة للغير بأي شكل من الأشكال. وبالحصول من طريق تغيير الأصل التجاري الذي يملكه أو لي بقله بأي تحمل عيني. إن أي استثناء لمقتضيات هذا البند يجب أن يتم بموافقة كتابية صريحة ومسبقة من طرف المؤجر. يؤدي عدم احترام هذا الشرط إلى نسخ هذا العقد بقوة القانون وبدون التقيد بأي إجراءات شكلية مسبقة".

وهكذا، يمكن القول بأن عقد الإيجار ليس كان بشكل للقاعدة الأساس للائتمان الإيجاري، إلا أنه لا يمكن اعتباره إيجاراً تقليدياً، بل هو "إيجار تمويلي" بالنسبة للمؤجر، ذلك أنه بالنظر إلى موقعها كإحدى شركات التمويل، فإن شركات الائتمان الإيجاري تقتصر دورها في هذه العملية على شراء المنقول الذي لم تكن تملكه سابقاً - من المورد وتمكين المستفيد من الائحة به طيلة مدة الإيجار في مقابل أجرة دورية.

غير أن هذه العملية التمويلية لا تكون مربحة بالنسبة إليها إلا بـ
مترجعت كامل رأس مالها المستثمر زيادة على هامش من الربح، الأمر
الذي يصر حرصها على التزام المستفيد بعدم طلب الهاء للعقد قبل
انتهاء مدته، وإدراجها في العقد شروطا تعفيها من التزاماتها القانونية
بوصفها مزجرة للمقول وتحصر دورها في الالتزام بالتحويل أي شراء
لمقول من لياح وتاجيره بالمستفيد لقاء الحصول على القسط الإيجار
مع يحتفظها بملكيتها كحدي للضمانات المهمة التي تمكنها من استيفاء
حقوقها المالية من هذا الأخير.

فالانتمار الإيجاري بهذا المعنى يشكل عملية تمويل مستثمر
يترجم فيها المستأجر بالدفع الكامل لأقساط الإيجار، وبكسب صامتات
لوفاء للمؤجر، إذ لا التصح ولا القوة القاهرة من تسليهما أن يعفا
للمستأجر من تنفيذ التزاماته.

المضرة الثالثة : الطبيعة القانونية لعقد الائتمان الإيجاري

يظهر الائتمان الإيجاري كعملية مركبة وليس مجرد عقد
عادي، لذلك لا غرو أن العباء قد استأثر بهتمام رجال الفقه القانوني
الذين تسجل لهم العديد من المحاولات في سبيل تسليط الضوء عليه من
مختلف الجوانب، خاصة منها ما يتعلق بتحديد طبيعته القانونية الذي
حظي بقسط وافق من الجدل في صفوفهم حول حقيقة الوصف الذي
ينبغي إضماره عليه والذي يترص فيه ألا يعارض مع وطبيعته، وحرص
على ضبط الحدود العاصلة بينه وبين مجموعة من العقود التي تروحي
لأول وهلة بتمائلها معه.

وإذا كان المشرع المغربي قد كلف الائتمان الإيجاري بأنه كل
عملية لكراء أو إيجار، ولو أنه في الواقع يخرج في الكثير من الجوانب
عن الفواعد المسألفة في الكراء العادي، لاسيما وأن شركة الائتمان
الإيجاري من موقعها كشركة تمويل لا تسمح لها هذه الصفة بأن تتحص
للزيمات ذات طابع فني أو تقني أو تكاليف قانونية مثلما هو مقرر

للمكري في الكراء العادي، فإن رجال الفقه القانوني أيضا - خاصة مع
لغرنمي - اختلفت مواقفهم بشأنه تكييفه¹¹⁴¹.

فاعتبره البعض منهم عقد قرض يبرم بين شركة الائتمان
الإيجاري والمستفيد من القرض ويتقرر بموجبه احتفاظها بملكية الأصل
ضمانا لاسترداد القرض، وبالنسبة لهذا الأخير، انتدعه بالأصل
بمقتضى عقد الإيجار.

ومهم من كیفه بأنه عقد تمويل بصمات الملكية غير الحيارية
بحيث يقدم أحد طرفيه مالا للأخر ويحتفظ بملكيته دون الحيازة، حتى
تمام وفاء للطرف الآخر بأقساط للتقويم وملحقاته، لو دأبه عقد بيع
بالنسيئة مع الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، باعتبار أن المستفيد
فيه يتسلم بأداء القسط فوراً خلال مدة العقد وتحتفظ الشركة الممولة
بملكية الأصل على سبيل الضمان، ولا يتقرر له تملك هذا الأصل إلا
عد نهاية العقد وجوه الائتمان الإيجاري لدى أحدهم¹¹⁴² هو الإفادة
من حق الملكية لأسباب تتعلق بالضمان.

ومن هنا يمكن التمييز بين الملكية التقليدية أو الملكية القانونية
مع ما توفره من سلطات تشع عن التملك وتنقضي مع هلاك الشيء،
والملكية المجردة أو الملكية الاقتصادية التي يمثل الائتمان الإيجاري
تطبيق لها، والتي تسمح لصاحبها باستغلال مدة عمر الشيء، بحيث تشع
عن العقد وتنقضي بانقضائه، وبالتالي فهي ملكية مؤقتة تتحدد مدتها
اتفاقاً.

وعليه، فإن الالتزام الوحيد الذي تتحمله الشركة للمؤجرة، انطلاقاً
من ارتكاز الائتمان الإيجاري على مفهوم الملكية الاقتصادية - التي تجد

¹¹⁴¹ - لأحد فكرة عامة عن التكييف، راجع:

- بورا غزلان المنصوري، العقود المسماة في ظل ظهور الائتمانات والعقود، مرجع
سابق، من ص 61 إلى ص 68.

¹¹⁴² -

voir à ce propos:

- Charles Goyet, Le louage et la propriété à l'épreuve du crédit-bail et de bail
superficiel, Tome 180 Éditions 1984 P 193 et sv.

مستند في العقد - هو وضع الشيء تحت تصرف المستأجر، أما الملكية القانونية، التي هي ملكية تفتقد إلى عنصرها المادي، فتند سنداً بحول الشركة المذكورة استرداد كافة سلطات الملكية بمجرد انقضاء العقد المنشئ للملكية الاقتصادية، واحتفاظها بهذا السند الذي يوفر لها الضمان الفعال ضد الصعوبات المالية التي قد تعترض المستأجر، إذ يسمح لها استرداد سلطات الملكية عند عدم وفائه بالتزاماته.

ومهم أيضاً من اعتراف له بطبيعته الخاصة نظر لتعدد التقنيات التعاقدية التي تدخل في تكوينه، وغيرها من الأوصاف الأخرى التي أصفاها عليه هؤلاء انطلاقاً من رؤيتهم له¹¹⁴³ ويظل الحل الأنجع لاختلاف المواقف بخصوص تحديد الطبيعة القانونية للانتماء الإجبري هو التدخل المباشر والصريح للمشرع الذي من شأنه تحقيق التوازن بين حقوق والتزامات الأطراف.

وعلى حد تعبير المشرع المغربي، فإن هذا الأخير يعتبر كل عملية كراء أو إيجار للمباني أو العقارات أو الأصول التجارية، هو كراء، إلا أنه يختلف اختلافاً كبيراً عن الكراء العادي من رابحاً متعددة منها أن هذا الأخير، عادة ما يكون بأجرة ماسية، بخلاف كراء الكراء التي يدفعها المكثري في الانتماء الإيجاري، والتي تمثل أصل رأس المال (زيادة على هامش من الربح كما أن الكراء في هذا الأخير لا

1143- للمزيد من التفصيل حول التكييف الفقهي لعقد الانتماء الإيجاري راجع: -Mano Giovannò "Le Crédit -Bail (Leasing) En Europe Développement Et Nature Juridique Edition 1980 Pages 337 à 427

- أحمد بركة غريول، مرجع سابق، من ص 67 إلى ص 71
- عبد السلام الرهبي، مرجع سابق، من ص 367 إلى ص 369

يمكن أن ينتهي أجل انقضاء المدة المنطق عليها¹¹⁴⁴ على عكس الكراء العادي، الذي تحكمه في هذا الباب مقتضيات معاكسة¹¹⁴⁵.

كذلك، فإن شركة الائتمن الإيجاري تتحلل من كل مسؤولية عن الشيء المكتري وتلقبها طيلة فترة الكراء على عاتق المستفيد، الذي لا يتحول في إطار الحيلولة الممنوحة له بمقتضى العقد المذكور إلى مشتر لهذا الأخير، في حين الكراء العادي لا يربط مثل هذه الآثار في العلاقة ما بين المكري والمكتري¹¹⁴⁶.

¹¹⁴⁴ - ربما تكون الملة في ذلك، في صمان كسب الربح الذي تسعى شركة الائتمن الإيجاري إلى تخفيفه من وراء العمية، وكذا تمكين المستفيد من استقلال الشيء دون معاقبته بضرورة الإفراغ أو تراجع الأشياء المكترة إليها.

¹¹⁴⁵ - راجع الفصول من 627 إلى 699 من قانون الائتمانات والعقود التي تنطرق إلى انقضاء الكراء.

¹¹⁴⁶ - انظر الفصول من 633 إلى 686 من نفس القانون الموماً إليه أعلاه.

المطلب الثاني سريان عقد الائتمان الإيجاري

يعتبر عقد الائتمان الإيجاري عقدا نموذجيا نصعه في صيغته
لعقبة شركة الائتمان الإيجاري، مشتملا على مجموعة من الشروط
المعدة على وجه التفصيل، تلك الشروط التي تتضمنها بالنسبة لنموذج
الذي اعتمده في دراسته والذي يعود لشركة Maghrebail الفصول من 1
إلى 20.

والجدير بالذكر، أن المشرع المغربي في معرض صياغته لعقد
الائتمان الإيجاري لم يقف عند الشروط التي تلتزم بصيغتها فيه، وإنما
لكننى بالإشارة إلى أن عدم ذكر الشروط التي من شأنها أن تقضي إلى
فسخ العقد أو تجديده بطلب من المستأجر، يجعل العقد باطلاً من
جهة.

ومن جهة أخرى نجد في المبح¹⁴⁷ إلى جوار تنصيبه على
كيفية التصوية للنزاعات التي يمكن أن تنشأ بين المتعاقدين، الشيء الذي
يعيد عن طريق الاستنتاج للتصميم بأن المشرع لم يترك
للأطراف حرية وضع الشروط التي يعتبر أنها أساسية وضرورية
لتأمين الوفاء بالتزاماتها المتفيلة تلك الشروط التي عادة ما تناولها
نماذج من عقود الائتمان الإيجاري والتي تناول منها ما يفي بتقريب
الصورة عن الالتزامات التي تتمحور عن هذا النوع من العقود.
وهكذا فإنه متى استجمع هذا العقد عناصر وجوده وصحته ينتج آثاره
بين أطرافه.

1147- في المادة 433 من مدونة التجارة.
-587-

الفقرة الأولى : تكوين عقد الائتمان الإيجاري

إلى جانب العناصر اللازمة لسائر العقود في ظل القواعد العامة مع مراعاة خصوصيات كل منها بطبيعة الحال - فإن عقد الائتمان الإيجاري يتطلب فضلا عن ذلك إعداد ملف طلب الائتمان يتقدم به المستفيد لشركة الائتمان الإيجاري مستوف لسائر المعلومات - سواء المتعلقة منها بشخصه أو بمؤهلاته العالية أو بمحل العقد - ومعرفة جميع الوثائق الضرورية، وترقيعه من قبله وكذا من طرف الشركة المذكورة.

وعمليا، يقطع هذا النوع من التعاقد ثلاث مراحل¹¹⁴⁸ تنطلق من اتصال طالب الائتمان بالمورد الذي سيزوده بالسلع التجهيزية أو المعدات أو الآلات التي يرد اقتناءها لفائدة مشروعه، ويحدد له بكل حرية الموضوعات التي يرغب في توفرها فيه، كما يتفق معه على التمن وأجل التسليم، وكأنه سيشتريها لحسابه الخاص وبعد هذه الخطوة يعرض للمعني بالأمر طلبه على شركة التمويل التي اختار التعامل معها ويهيئ الملف المشترك إليه سابقا إذا قبلت منح الائتمان، ثم توجه وصل الطلب إلى المورد مطبوع عن قبولها للشراء وعن أن المستفيد سوف يتسلم منه تلك الأشياء التي تم الاتفاق عليها بينهما.

الفقرة الثانية : الآثار القانونية لعقد الائتمان الإيجاري

غني عن البيان أن الائتمان الإيجاري عقد ملزم للجانبين بحيث تتولد عنه التزامات متبادلة بين أطرافه، إلا أن المشرع لم يعطها حقها من العناية، ويتعير آخر فإله على الرغم من أن بلاندا تعتبر في مقدمة الدول التي وقعت على اتفاقية أوسطوا، إلا أن مدونة التجارة لم تستند إليها لتتجهل منها مجموعة من المقتضيات التي تشكل نعمة فيها كذلك المتعلقة بالتزامات أطراف العقد التي خصصت لها هذه الاتفاقية المواد

1148 - انظر بشأنها:

- محمد بركة غريول، مرجع سبق، من ص 41 إلى ص 44.

من 7 إلى 14 على عكس هذه الأخيرة التي ركزت على العلاقة الموجودة بين شركة الائتمان الإيجاري والمستفيد معبرة إياها علاقة بجر مع منح المستفيد في نهاية العقد إمكانية تحويل مركزه القانوني عن طريق استعمال خيار الشراء لم يرد.
وعلى كل حال، وعلى ضوء كل من اتفاقية أوطار والعقد المودجي لشركة Magrebat، ارتأينا أن نقدر آثار عقد الائتمان الإيجاري على النحو التالي:

أولاً: التزامات المستأجر في عقد الائتمان الإيجاري

من المعلوم، أن المكثري حسب القواعد العامة لعقد الكراء الواردة في قانون الالتزامات والعقود - لاسيما الفصل 663 منه - "يتحمل بالتزامين أساسيين هما: الالتزام بدفع كراء، ثم الالتزام بالمحافظة على الشيء المكثري وباستعماله بدون إفراط أو إسائة وفقاً لإعداد الطبعي أو لم حصص له بمقتضى العقد.

لم في بطل عقد الائتمان الإيجاري، فإن المستأجر¹¹⁴⁹ يتحمل التزامات أخرى تتطلب طبيعته الخاصة، كما تقتضيها ضرورة حماية مصالح الشركة الممولة، وهي التزامات مسطت عليها للضوء فيما يلي:

1- الالتزام بتسليم الأشياء والمحافظة عليها

يتحمل المستأجر في عقد الائتمان الإيجاري الالتزام بتسليم الأشياء من المورد، وكذا المحافظة عليها وصيانتها:

أ- تسليم الأشياء محل الائتمان الإيجاري

تقرر بموجب عقد الائتمان الإيجاري شروط تخص المستفيد أو المستأجر، منها الالتزام بتسليم المعدات التي تم اختبارها من طرفه - وبالشروط التي ناقشناها بحرية مع المورد خاصة ما يتعلق بالثمن والأداء.

¹¹⁴⁹ - في معادل المصنعة التي يحققها من خلال هذه التقنية التمويلية.
-689-

والأحال وطرق ومكان التسليم - مند رصعها رهن تصرفه من نفس المروء، وتحرير محضر بذلك يفيد خياره لها تحت مسؤوليته، وتطيقها مع المواصفات الواردة في سند الطلب، والتوقيع عليه من طرفها - أي المستاجر والمزود - وتوجيهه فوراً إلى الشركة الممولة التي تقوم بتسديد ثمنها، أما صوائر التسليم، فيدفعها للمستاجر كما يتحمل مسؤولية التأخير أو التلف أو سوء الاستعمال وكذلك للخصائر - كبعضا كان نوعها - التي تسببها هذه المعدات.

فهي بصورة عامة تتحلل من التزامها بالضمان لأنها مؤسسه مالية تقدم الأموال اللازمة لشراء مقول ولا علاقة لها بعدم صلاحية لأي سبب من الأسباب¹¹⁵⁰ لكن في مقابل ذلك تنقي له إمكانية الرجوع بالضمن على المورد¹¹⁵¹.

وفي هذا الصدد، ينص الفصل الثاني من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري للمقول لشركة Maghrebaïl في مطلعته على أنه:

1150 - في هذا المعنى تنص الفقرة 1 من المادة 8 من اتفاقية أوطارا على ما يلي:

"أ- مع مراعاة مقتضيات هذه الاتفاقية أو ما ينص عليه عقد الإيجار المالي، فإن المؤجر المالي يعنى من كل مسؤولية تتعلق بالمعدات تجاه المستاجر المالي ما لم يكن قد لحق بهذا الأخير ضرر ناتج عن استعملته بحرة المؤجر المالي ونحوه في تحبيل المعدات أو موصفاتها أو احتياز المورد

ب- يعنى المؤجر المالي من أية مسؤولية تجاه الغير عن أية وفاة أو ضرر تلحق الأشخاص والممتلكات التي نعتها المعدات".

1151 - عملاً بمقتضى البند 3 من الفصل 2 من العقد النموذجي للائتمان الإيجاري للمقول لشركة Maghrebaïl .

مرحباً بفقرة 1 من المادة 10 من اتفاقية أوطارا فإنه:
"يمكن للمستاجر المالي أن يثير في مواجهة المورد كل الالتزامات الملقاة على عاتق هذا الأخير والناتجة عن عقد التوريد كما هو كفى هذا المستاجر المالي طرفاً في هذا العقد وكما لو أن المعدات كانت مستسلم له مباشرة، لكن المورد غير مسؤول تجاه المؤجر المالي والمستاجر المالي عن نفس الأضرار".

١٣- يتحمل المستأجر موائير وإخطار تسليم المعدات.
ولا يتحمل الأجير أية مسؤولية في حالة تأخير أو عدم احترام الشروط
المخصوص عليها.
٢- عدد وضع المعدات من طرف المزود تحت تصرف المستأجر
يقرر محضر استلامها حسب الصفة المنصوص عليها من طرف
Maghrebaui

وإذا ثبت عدم تطابق المعدات المسلمة مع المواصفات
المطلوبة¹¹⁵² فإنه يتعين على المستأجر إخبار المؤجر بواسطة رسالة
مضمونة مع إشعار بالتوصل، وعدم التوقيع على المحضر، بل وعدم
استعمال المعدات لاسيما وأن حيازتها لا يمكن أن تنتقل إليه ما لم يستو
التوقيع على محضر الاستلام وإرسال فتوة البيع إلى المؤجر من أجل
التسديد¹¹⁵³.

غير أنه إذا كان المستأجر هو من رفض تسليم المعدات المطلوبة
والتوقيع على محضر الاستلام دون مبرر معقول بحيث كانت المعدات
مطابقة تماما مع المواصفات المدنية في الطلب، فإنه يجب عليه أن
يعرض المؤجر عن كل الأضرار والمصيرب والفوائد المترتبة عن
رفضه التسليم هذا¹¹⁵⁴.

ويرتبط بالالتزام بتسليم المعدات، وجوب استعمالها بكيفية عادية
طبقا لعرف المهنة، ومراعاة تعليمات المزود عند تركيبها وصيانتها¹¹⁵⁵

1152- بخصوص عدم تسليم المعدات أو التأخير في تسليمها أو عدم مطابقتها
للمواصفات المطلوبة نقضي للمرة 5 من المادة 12 من اتفاق أوطواين:
"ليس للمستأجر اللقي أية دعوى أخرى تجاه المؤجر المالي نتيجة عدم تسليم
المعدات أو التأخير في تسليمها أو تسليم معدات غير مطابقة للمواصفات العقد إلا
إذا كان ذلك نتيجة فعل أو ستناح صادر عن المؤجر المالي".

1153- راجع الفلود من 1 في 4 من الفصل 2 من نص العقد النموذجي
1154- ليس مطلع البند 6 من الفصل 2 منه.

1155- انظر البند 1 من الفصل 3 والفصل 4 منه

تحت طائلة إمكانية فسخ العقد من قبل المؤجر فيما لو أصبحت المعدات غير صالحة للاستعمال، أو حال مسبب ما دون استعمالها حتى ولو كان حدثاً فجائياً أو قوة قاهرة، وفي هذه الحالة، لا يمكن للمستأجر المطالبة بالتعويض أو بتخفيض الكراء¹¹⁵⁶

ب- المحافظة على الأشياء محل الائتمان الإيجاري

لما كان من بين الحيلات التي يمنحها عقد الائتمان الإيجاري للمستأجر، إرجاع الأشياء في شكل صالح للاستعمال، فإنه يترتب على هذا الأخير التزام آخر يتمثل في المحافظة على المعدات¹¹⁵⁷ وصيانتها وإصلاحها و دفع المصاريف الضرورية لهذا الغرض¹¹⁵⁸.

وحماية لحقوق ملكيتها فإن لشركة الممولة تحتفظ لنفسها بحق مراقبة مدى حسن استعمال وصيانة وإصلاح المعدات في أي وقت طوال مدة العقد عن طريق أحد الأعوان الذي تعيينه لهذا الغرض¹¹⁵⁹ كما أنها تمنع المستأجر من التصرف فيها بعوض أو بغير عوض كتفريطها أو كرائتها أو رهنها، ما لم توافق على ذلك كتابة وبكيفية صريحة¹¹⁶⁰ أما إذا قام المؤجر بتقويض العقولات موضوع هذا العقد من المفوت له يطل ملزماً طيلة مدة عقد الائتمان الإيجاري بنفس

1154- انظر الفند 2 من الفصل 3 منه

1157- تنص على هذا الالتزام الفند 1 من المادة 9 من اتفاقية أوطلوا بقولها: "على المستأجر المالي المحافظة على المعدات واستعمالها وفق ضوابط معقولة ويقلها على حالتها التي سلمت فيها إليه، مع مراعاة التأكد المتتالي نتيجة الاستعمال العادي وكل تعديل لهذه المعدات تم الاتفاق عليه بين الأطراف".

1158- يستفاد من مطلع الفصل 6 من نفس العقد النموذجي، أنه في حالة إصافة قطع إلى المعدات فإنها تصبح بقرة للقانون ملكاً لشركة الائتمان الإيجاري دون أي تعويض الأسلية وذلك على نفقة المستأجر.

1159- وهو ما جاء في حكام الفصل 6.

1160- انظر الفصل 9 من نفس العقد النموذجي.

البرامك المعفوت الذي يبقى صامنا لذلك¹¹⁶¹ وفي هذا الصدد أيضا
نص المادة 432 من مدونة التجارة، على أنه:
في حالة تفويت ما لا تشمله عملية الائتمان الجاري، فإنه على المعفوت
أن يتحمل طيلة مدة العسيرة، نفس التزامات المعفوت الذي يبقى
مسما لأن عقد الائتمان الإجاري من عقود الأمانة¹¹⁶².

وعلاوة على ذلك، فإن شركة الائتمان الإجاري تعرض على
المستأجر التزاما آخر بوصفه حارما وحيثرا للنفس، عن كل الأضرار
التي تسبب فيها للمعدات أو التجهيزات أو الآلات للعبور بمناسبة
تشغيلها، إلا وهو التأمين لدى إحدى شركات التأمين والتعهد بتسديد
مائر قصاصة هي لجانب سواء تم الاكتتاب من طرفه أو من طرفه على
أن يسمحها تفويضا شأن التعويض، وإلا فإنها تحمل محله في ذاتها مع
مراعاة حقها في نسخ العقد¹¹⁶³.

ويتضح من خلال تضمين لائتمان الإجاري مثل هذه التقييد على
جانب تعويضات أخرى، أن الهدف منه هو قصر دور الشركة المؤجرة
على تقديم الخدمة التمويلية، وتوفير أقصى حماية ممكنة لمصالحها
المالية ضد مختلف المخاطر التي قد تهددها، وفي المقابل إتقل كاهل
المستأجر بمجموعة من الأعباء والمسؤوليات.

1161- تبعا لما يحد به الفصل 13 من نفس المد المودج
وحسب نص عليه كذلك الفقرات 1 و2 من المادة 14 من اتفاقية لوطا حيث جاء
فيها ما يلي:

"1- يمكن المؤجر المالي أن يرتب صفقات على معدات أو تفويت كل أو بعض
حقوقه عليها، أو تلك الحقوق التي يقولها له عقد الإيجار المالي...
2- يمكن للمستأجر المالي تفويت حق استعمال معدات أو أي حق آخر يحوله عقد
الإيجار المالي على أن يكون المؤجر المالي قد وافق على هذا تفويت ومع مراعاة
حقوق الغير".

1162- محمد بركة غريول، مرجع سابق، ص 63.

1163- أنظر بهذا 1 من الفصل 15 من نفس المد المودج

2- الالتزام بأداء الأجرة وسائر المستحقات الأخرى

تعد الأجرة عنصراً جوهرياً بالنسبة لشركة الائتمان الإيجاري لأن هدفها من وراء كل عملية هو تحقيق الربح عن طريق جعل القسط الأجرة تغطي الرأس مال المستثمر في شراء الموقوف المؤجر زبادة على هامش من الربح، لذلك، نجد أن بنود هذا العقد تتطوي على شروط أخرى ذات طابع مالي بمقتضاها يلتزم المستأجر بداء الوجيبة للكرائية خلال الأجل المتفق عليه¹¹⁶⁴ وذلك بواسطة إصدار أمر دائم للبنك الذي يتعامل معه، بإجراء لقطاعات مستمرة من حساباته البنكية على اعتماد مدة العقد بحيث إن كل تأخر عن الدفع أو عدم الاداء¹¹⁶⁵ يستحق عنه تعويض بالإضافة إلى الرسوم.

وحتى تضمن الشركة المؤجرة أداء الأجرة وسائر التزامات الأخرى المتعلقة على عاتق المستأجر، فإنها تلزم هذا الأخير أيضاً بتقديم كفيل¹¹⁶⁶ وهذا يعني أنها لا تكفي بالضمان المقرر لها من واقع ملكيتها للأصل المؤجر، وقد تعرض عليه تقديم بعض الضمانات للوفاء بالأجرة المتفق عليها.

1164- وبالنسبة للأجرة يلخص البند (ج) من الفقرة 2 من المادة 1 من اتفاقية أوتوا على بـ

"الأجرة لكراء المشترطة في عقد الإيجار المسقى تختمب مع الأحذ بعين الاعتبار على الحصر من اهتلاك كل أو جزء مهم من تكلفة هذه المعدات".

1165- انظر كلاماً من قبل 1 ر 2 و 3 و 6 من الفصل 8 منه.

1166- وفي هذا الصدد ينص الفصل 18 من الشروط العامة لعقد الائتمان الإيجاري المنقول لشركة Maghrebail على ما يلي:

"نعتقد بشأنها للمستأجر في إطار العقد الحالي، فإن التزام الكفيل أو الكفلاء يكون بهدف إلى تسهيل إنجاز عملية الائتمان الإيجاري، تكون ثابتة ولا رجعة فيها، وتضمن التنفيذ الحسن لالتزامات المستأجر مهما كانت طبيعتها، مما دامت هذه الالتزامات ناتجة عن الشروط العامة أو الخاصة للعقد الحالي أو للمعلقات التي يمكن أن تصاب إليه".

وإلى جانب الأجرة يتحمل المستأجر بعض الصدمات الإصبغية كالدفعة التي لنها الشركة المؤجرة للمرود قبل فترة الإيجار¹¹⁶⁷ وكذا لمراقب المنطقة بحيازة أو باستعمال المحدث¹¹⁶⁸.

وعموما فإنه يلزم بكافة المصاريف التي يمكن أن تنشأ عن العقد، بل وعن الدعاوى التي قد تقيمها شركة الانتماء الإيجاري بهدف المطالبة بالوجبة لكراتية غير المؤداة¹¹⁶⁹.

والجدير بالإشارة، أنه بالنسبة لأداء الوجبة للكراتية، تطبق قاعدة لقائلة "الإيجار يحمل ولا يطلب"، بمعنى أن مكن لوفاء به هو مركز الشركة أو المكان المتفق عليه في العقد¹¹⁷⁰.

3- الالتزام بحماية حقوق الشركة المؤجرة

صحيح أن الالتزام بحماية حقوق الشركة المؤجرة يؤول في حد ذاته موضوعاً يستدعي دراسة مفصلة، إلا أنه نظراً لكون المقدم لا يمتنع، فإننا سنختزله في نقطتين نتناول في إحداهما الالتزام بالشهر بينما يخصم الأخرى بالالتزام بإشعار مؤسسة الانتماء بالمحضر التي من شأنها أن تهدد حقوقها:

1167- وهو ما ينص عليه البند 5 من نفس الفصل أعلاه.

1168- الشيء الذي ورد ذكره في البند 4 من نفس الفصل.

1169- عملاً بمقتضى الفصل 20 من نص العقد النموذجي.

1170- أنظر البند 2 من الفصل 8 منه.

أ- إشعار الغير بحقوق المؤجر في عقد الائتمان الإيجاري¹¹⁷¹

قد توحى قراءة سريعة لعقد الائتمان الإيجاري، بأن نطاقه الشخصي يتحدد في الأطراف الأساسية للدعة فيه ونقص المورد ومشاركة التمويل والمستفيد، مع أن هناك عنصر آخر يجب عدم تقييده ألا وهو الغير الذي قد يدخل في علاقة مع هذا الأخير. وعليه، فإنه يفترض في عقد الائتمان الإيجاري أن يواصر هذه العلاقات وما ينجم عنها من آثار قانونية.

وفي هذا الصدد، نجد عقد الائتمان الإيجاري للمنفول، يفرض على المستأجر أن يصنع على هذا الأخير لوحة بارزة تشير إلى أنه في ملك مؤسسة الائتمان، وأن يحافظ عليها طيلة مدة الإيجار حماية لحقوق المؤجر¹¹⁷² وأن يقوم عند الانقضاء، وعلى نفقة بتقيد لدى المحافظة على الأشياء التي يمكن أن تكون لها صيغة عقارية بطبيعتها أو بالتخصيص بمفهوم الفصلين 6 و7 من مدونة الحقوق العينية¹¹⁷³.

بل حماية لحقوق شركة الائتمان الإيجاري وكذلك الغير حمى لدية من الضرر الذي قد يلحق بهم من جراء بعض الأوضاع التي من شأنها أن تلبس عمليات الائتمان الإيجاري¹¹⁷⁴ فإن المشرع المغربي استلزم شهرين لشهر لتعديلات التي قد تطرأ عليه، وهو ما عرعه في الفقرة الأولى من المادة 436 من مدونة التجارة قائلا بصيغة الوجوب: "تحصص عمليات الائتمان الإيجاري لشهر يمكن من التعرف على الأطراف وعلى الأموال موضوع تلك العمليات".

¹¹⁷¹- هذا الإشعار الذي يتم من طرف كل من المستأجر والمؤجر.

¹¹⁷²- وهو ما ينص عليه البند 2 من الفصل 5 العقد النموذجي للائتمان الإيجاري للمنفول لشركة Maghrebail

¹¹⁷³ كما ينص على ذلك البند 3 من الفصل 5

¹¹⁷⁴- قد يحصل أن يتعامل الغير مع المستفيد على أنه شخص وصحه الظاهر - لاسيما وأن العبارة في المنقول مدونة الملكية - معتقدا أنه مالك الأشياء التي بيده في حين أنه مجرد مفكر لها فتتفرق بذلك شركة التمويل.

وفي المادة 437 بقية:

تسهر التعديلات المنحلة على المعلومات المذكورة في طرة القيد
الموجود.

وا كان التعديل يقتضي تغييرا في لحنصلص كتابة الصبط، فانه
بالإضافة إلى ذلك يجب على مؤسسة الائتمن الإيجاري أن تقوم بنقل
لقيد المعدل إلى سجل كتابة الصبط المختصة.

كما ورد التنصيص على ضرورة النشر أيضا في نموذج عقد
الائتمن الإيجاري لشركة Maghrebni في الفصل الخامس منه الذي
يحيل على المادة 436 الموما إليها أعلاه.

ونظرا لأنها تكون أكثر حرصا على مصالحها، فإن شهر عدد
الائتمن الإيجاري، يتم بمبادرة من شركة الائتمن الإيجاري، وذلك عن
طريق تقييده بالسجل الخاص المفتوح بمصلحة للسجل التجاري المسجل
به المسنجر وعند الاقتضاء بمصلحة للسجل التجاري لمكان نشط
مؤسسة هذا الأخير¹¹⁷⁵ حيث تكون للبيانات المسجلة بهذا السجل حجة
قاطعة، لذلك يستلزم المشرع أيضا قيد أي تعدين قد يطرأ عليها على
هامش صفحة القيد في السجل التجاري، وتجديد القيد كل خمس سنوات
من تاريخ إجرائه حتى لا تسقط تلك التعييدات بالتقادم¹¹⁷⁶.

ويظل القيد ساري المفعول ومنجا لآثاره القانونية¹¹⁷⁷ إلى أن
يشطب إما بتفلق الأطراف أو تعيدا لحكم حائز لقوة الشيء المقضي به
أو يسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ إجرائه ما لم يجدد مع العلم

1175- أنظر في ذلك الفترتي 2 و3 من المادة 436 لسابقة الذكر.

1176- حينما يستشف من المرة الأخيرة من المادة 438 من مدونة التجارة واليد

2 من الفصل 5 من نفس العقد النموذجي

1177 يسري أثر التعييدات التي تمت بصحة قانونية بطريقا للمود السابقة الذكر، من
تاريخها وفق ما تلمس عليه الفترة 1 من المادة 438 من مدونة التجارة.

أنه يجوز لكل ذي مصلحة أن يحصل من كتابة بسيط المحكمة المختصة على نسخة أو مستخرج من حالة التقييدات¹¹⁷⁸.

والجدير بالذكر ، أنه إذا لم يتم شهر العقد ، فإنه لا يمكن الاحتجاج به في مواجهة الأغيار¹¹⁷⁹ كما لا يجوز لشركة الائتمان الإيجاري أن تخرج به في مواجهة الدائنين أو ذوي حقوق المستأجر المكتسبة بعرض بالحقوق التي احتفظت بملكيته إلا إذا أثبتت أنهم كانوا على علم بهذه الأخيرة¹¹⁸⁰.

ب- إشعار شركة الائتمان الإيجاري بالمخاطر المهددة لحقوقها

ينص عقد الائتمان الإيجاري المنقول¹¹⁸¹ على أنه يتعين على المستأجر في حالة ما إذا حاول شخص ما حجز المنقول أو المطالبة به أن يشعر فوراً شركة الائتمان الإيجاري ، كما أنه يتحمل ما يترتب عن الدعاوى التي يجب سلوكها من أجل حماية حقوقها من نتائج.

كانت تلكم باختصار الالتزامات الأساسية التي يلقيها عقد الائتمان الإيجاري للمنقول على عاتق للمستأجر¹¹⁸² والتي قد يتدخل كميل أو عدة كلاء لصيانة تنقيدها بصرف النظر عن طبيعتها ما دامت لها صبغة عن شروط العقد المذكور¹¹⁸³.

1178- الشيء الذي يكس عليه المادة 439 من نفس المدونة.

1179- تطبيقاً لمقتضى المادة 442 من مدونة التجارة.

1180- الشيء الذي يؤكد المادة 440 من مدونة التجارة.

1181- ينص عليه الفصل 5.

1182- كتب وقف عليها بقرينة العقد المبرمج للائتمان الإيجاري لشركة

Meghoubail

1183- انظر في هذا المعنى الفصل 18 من العقد المبرمج الموما إليه أعلاه.

ثانياً، التزامات شركة الائتمان الإيجاري

في الواقع، يتخلل العلاقة ما بين شركة الائتمان الإيجاري والمستأجر عنصر الإذعان، لذلك أن هذا الأخير لا يجد بداً من الانصياع للشروط التي تضعها المؤسسة المذكورة بمداينة تحليلها للمضمون الاتفاقي للعقد، في سبيل تحقيق مشروعه، مما يجعل مشكل التنازل إحدى بين الطرفين مطروحاً من بشكل ظاهر للعين، وبالتالي فإن المنطق يقتضي الحديث عن حقوق شركة الائتمان الإيجاري وليس عن التزاماتها، لكن عموم ذلك يحضر الالتزامات الأساسية التي تتعلق بها والتي تجعلها فيما يلي:

1- الالتزام بشراء المنقول

إن هذا الالتزام طبيعي لا ينتق عن الضرر الذي تلعبه شركة الائتمان الإيجاري بوصفها إحدى شركات التمويل ومن ثم فإنها تتعهد بصقتها وكيلاً للمستأجر بشراء ما يحتاج إليه من معدات أو آلات وتجهيزات¹¹⁸⁴ بالثمن والمواصفات المتفق عليها مع المورد أي أنها بعبارة أخرى تتقضي الأشياء الملائمة لمنطقتها وتتقارض بشأن ثمنها وأجل وطريقة تسليمها والتحسينات التي يرغب فيها على أن يضمن ذلك في كفاش التحملات

1184- في هذا الصدد تنص الفقرة 1 من الفصل 1 من نفس العقد النموذجي على أنه:

"في إطار عملية الائتمان الإيجاري... تقدم فلوأجر بصفته وكيل المستأجر بطلبية المعدات...".

ويجوز البند 2 من الفقرة 2 من المادة 1 من اتفاقية لوطوايان:
"اقتناء المعدات ومع على علق المؤجر المالي بموجب هذا الإيجار المالي شهر
لو لدى سبهرم بين المؤجر المالي والمستأجر المالي والذي يتم بكم مورد".

2- الالتزام بتحقيق خيار التملك لفائدة المستأجر

ينصح من تعريف عقد الانتماء الإيجاري أن مناطه هو تمكين المستأجر من أن يملك في تاريخ محدد مع المالك كل أو بعض السلع المكررة لقاء ثمن متفق عليه يراعى فيه جزء على الأقل من السلع المنفوعة على سبيل الكراء.

وعلى هذا الأساس، يمكن القول إنه يسع على شركة الانتماء الإيجاري أن تسلك خيار الشراء في نهاية مدة الإيجار، في حالة ما إذا رغب المكري في تلك، بأن تقوم بنقل ملكية المنقول لعائده، لا سيما وأنها في الندية تكون ملتزمة بوعده من جانب واحد بالبيع¹¹⁸⁵.

وفي الحتام، لا بأس من الإشارة إلى أنه إذا كانت علاقة المستأجر بشركة الانتماء الإيجاري لا تطرح إشكالا ما دامت هذه الأخيرة تتفرد بتحرير العقد الذي يربط بينهما والذي من أبرر حصائمه كونه ينقل تقريبا كل الالتزامات التي تقع عادة على المكري إلى المكري، فإن علاقة المستأجر بالمرور أثارت على مستوى الفقه نقاشا وحول طبيعتها والأساس القانوني الذي يسمح للأول بالتحرك في مواجهة الثاني إذا أخل بقرائنه رغم أنه لم يكن طرفا في عقد الشراء المبرم بين شركة الانتماء الإيجاري كمشتري والمرور أو للمرور كبائع وإنما ينحصر دوره في تسليم المنقول من هذا الأخير والتحقق من مواصفاته.

وفي هذا الإطار بررت عدة نظريات حاولت ملازمة الخطوط رابط بين المستأجر والمرور وذلك انطلاقا من فكرة الوكالة أو التفويض أو الاشتراط لمصلحة الغير أو غيرها¹¹⁸⁶ وإن كانت اتفاقية لوطاوا قد حسنت الموضوع ذاتية¹¹⁸⁷ إلى أنه :

1185 - انظر بخصوص شروط رفع خيار الشراء الفصل 7 من نفس المد
المرسومي
1186 - انظر في هذا الشأن:

١- يمكن للمستأجر المالي أن ينير في مواجهة المورد كل الالتزامات الملقاة على عاتق هذا الأخير والنتيجة من عقد التوريد كما لو كان هذا المستأجر المالي طرفاً في هذا العقد وكما لو أن المبيعات كانت تستلم له مباشرة لكن المورد غير مسؤول تجاه المؤجر المالي والمستأجر المالي عن نفس الأضرار.

٢- إن مقتضيات هذه المادة لا تحوّل للمستأجر المالي حق فسخ أو إلغاء عقد التوريد دون رضى المؤجر المالي.

- امحمد برادة غريول، مرجع سابق، من ص 80 إلى ص 88.
1187- في المادة 10 منها.

المطلب الثالث

انقضاء عقد الائتمان الإيجاري

ينقضي عقد الائتمان الإيجاري حسب المألوف من الأعمال
معناه أنه المحددة له بالتفاق فيما بين المتعاقدين، كما لا ينقضي
بحدث أحدهم وانقضاءه أو حدوث ظروف حالت دون استمراره
بعضه.

عنه، ولم يستغرق من جهة إلى انتهاء العقد بانتهاء المدة المحددة له
من جهة أخرى يستأنس بانتهاء قبل انتهاء مدته وذلك تباعاً كالأدلة.

الفقرة الأولى: انتهاء عقد الائتمان الإيجاري بانتهاء مدته

مدته هي وصف المشرع المغربي له بكونه عقد كراء أو إيجار
في عقد الائتمان الإيجاري عقد رمزي أو مستمر، بالتالي فإنه ينتهي
بمجرد صته، في هذه الحالة نجد أن بمرور الزمن على منح المصارف
ثابتة خبرتها هي إنهاء العقد مع ما يستتبع ذلك من وجوب إرجاع
المقرض المؤجر إلى شركة الائتمان الإيجاري، أو تجديد عقد الإيجار أو
تخراجه أو شراء ذلك للمقرض.

لولا إعادة المنقول للأجير إلى شركة الائتمان الإيجاري

يتألف على انتهاء مدة الإيجار، وجوب قيام المستأجر - على
حده و حسب مسؤوليته - بإعادة المنقول إلى شركة الائتمان الإيجاري -
في الوقت والمكان الذي تعينه هذه الأخيرة - على حالة جيدة ودون أن
يحدث الاستهلاك الحد الطبيعي للاستعمال العادي، وإلا فإنه يحق لها
حياته مباشرة في أي مكان يوجد به وفي أي يد كان فيها على نفقة
المستأجر، ويمكن عند الانقضاء مراجعة القضاء الاستعجالي لدى
لمحكمة التجارية للمع الاجتماعي لشركة الائتمان الإيجاري أو الممكن

المناوذة فيه المنقول، والذي يتمتع بسلطة الأمر بإرجاعه بمقتضى امر
تقوذي، حتى ولو دعت للطرف إلى استعمال القرة العمومية¹¹⁸⁸.

ثاني، تجديد عقد الائتمان الإيجاري

هاء في المادة 433 من مونة التجارة به:

"تنص عقود الائتمان الإيجاري تحت طائلة البطلان¹¹⁸⁹ على الشروط
التي يمكن فيها... تجديدها بطلب من المتعاقد المكثري...".
ومكدا، فإن الخيار الآخر الممنوح للمستأجر يتمثل في تجديد العقد بعد
انتهائه إذا رغب في ذلك، حيث تتم مناقشة شروط التجديد بين الطرفين
على سوء الظروف المحيطة بالعملية¹¹⁹⁰.

ثالثا، تملك المستأجر للمنقول محل الائتمان الإيجاري

إذا قرر المستأجر، عمال خير الشراء، لزمه أن يعلم شركة
الائتمان الإيجاري بذلك بواسطة رسالة مصمومة للوصون مع إشعار
بالاستلام، غير أنه يحمل عدم قبضه بذلك على محمل قبول خيار شراء
المنقول بقيمته المتبقية¹¹⁹¹.

الفقرة الثانية : إنهاء عقد الائتمان الإيجاري قبل انقضاء مدته

كما لا يخفى، فإن من أبرز الخصائص المميزة لعقود التبادلية
التي يعتبر عقد الائتمان الإيجاري واحد منها، كونها تخول للمتعاقد
الحق في طلب الفسخ عند امتناع المتعاقد الآخر عن تنفيذ التزاماته،
وبالنسبة لعقد الائتمان الإيجاري - الذي يصعب فيه عمليا تصور إحلال

1188- عملا بالفصل 10 من نفس العقد النموذجي

1189- إن البطلان المؤثر في النص أعلاه هو بطلان نسبي، نورد، المشروع لحماية

مصالح المستأجر.

1190- كما يفيد بذلك الفصل 17 من نفس العقد النموذجي.

1191- انظر الفصل 7 من نفس العقد النموذجي المشار إليه أعلاه.

شركة الائتمان الإيجاري بالتزاماتها التعاقدية - فإنه حادة ما يتم بمسببه شروط نحدد مسبقا مقدار التعويض الذي يمنح لها في حالة إخلاله بأحد التزاماته، وذلك من أجل تقاضي أي خسارة محتملة. وقد دد للمادة 433 من مدونة التجارة للمصحح قائله:

" تنص عقود الائتمان الإيجاري تحت طائلة البطلان على الشروط التي يمكن فيها صيغها...".

كما أنه بالرجوع إلى بنود العقد النموذجي للائتمان الإيجاري للمعدن لشركة Maghrebail يستشف أن المصحح قد يكون بمثابة من شركة الائتمان الإيجاري، أو بقوة القانون، أو بطلب من المستاجر.

أولا، فسخ عقد الائتمان الإيجاري من طرف المؤجر

يحق لشركة التمويل أن تفسخ عقد الائتمان الإيجاري، إذا أحل للمستاجر بأحد الالتزامات العقدية¹¹⁹² أو عجز عن تحمل ما يتقله به العقد من أعباء مالية، وهكذا فإنه بمقتورها أن تلجأ إليه، إذا لمقتع المستاجر عن دفع أقساط الأجرة في المواعيد المحددة لذلك¹¹⁹³ كما

1192- بخصوص خلال المستاجر بالتزاماته العقدية تنص المادة 13 من اتفاقية لوطوا على ما يلي:

"1- في حالة إخلال المستاجر المالي بالعقد فإنه بإمكان المؤجر المالي تحصيل أجرة الكراء المنتهية والتي لم تدفع وكذا العوائد التأخيرية والتعويضات.

2- في حالة الإخلال الجوهري بالعقد من طرف المستاجر المالي، فإنه بإمكان المؤجر المالي أيضا المطالبة بالأداء المبني لقيمة أجرة الكراء التي مستحق وذلك إذا كان عقد الإيجار المالي يقضي بذلك، أو أن يحدد إلى فسخ العقد وبعد هذا الفسخ: أ- يقوم باسترداد المعدات.

ب- وتحصيل التعويضات التي تجعله في نفس الوضعية التي كان سيوجد فيها لو أن المستاجر المالي كان قد نفذ عقد الإيجار المالي على أحسن وجه".

1193- تنص على هذا المقتضى المادة 433 من مدونة التجارة على هذا المقتضى بقربها:

"في حالة عدم تنفيذ المقرري للالتزامات العقدية المتعلقة بأداء المستحقات الواجبة عن الائتمان الإيجاري الواجبة الأداء، فإن رئيس المحكمة مختص بصعته قاصدا المستحقات للأمر بإرجاع العقار بعد معالجة واقعة عدم الأداء.

بمكثها بعاء الطلب و فسخ العقد إذا لم يحترم المردود تاريخ تسليم
الدين في الطلب، أو إذا لم تكن المعدت المسلمة للمستاجر مطالعة
المواصفات المشروطة في هذا الأخير¹¹⁹⁴ وبغيرها من الحالات التي
تسبب فيها شركة الائتمان الإيجاري خطورة محتملة قد تحول دون
استيفائها لحقوقها.

ثاميا، فسخ عقد الائتمان الإيجاري بقوة القانون

يفسخ عقد الائتمان الإيجاري بقوة القانون-كما تنص بذلك
المشروط العامة للعقد النموذجي لشركة Maginobail¹¹⁹⁵- متى رغب
المؤجر في ذلك بعد 15 يوما من تاريخ توجيه رسالة مصمومة مع
الائتمان بالتوصل أو بواسطة مفوض قضائي، أو بنية وسيلة إلى عوى
المستاجر، يذره فيها بإداء الكراء المتفق عليه أو أحد توابعه أو بتسديد
بحدى شروط العقد، بحيث إذا لم يتم التسديد لكامل الالتزام خلال هذا
الأجل يفسخ العقد.

لا يلجأ إلى المصطرة موضوع الفقرة الأولى إلا بعد سداد كل لرسائل التذكير
المشار إليها في المادة 433 لإتفاء الفسخ¹¹⁹⁴
ولعل هذا لا يعنى بالضرورة استبعاد تطبيقه حتى بالنسبة للمعقول أيضا
1194- في هذه الحالة "لا يمكن للمستاجر سحب اليد الخامس من الفصل الثاني
من نفس العقد النموذجي أو يطلب أي تعويض جزئي عن فسخ عقد الائتمان
الإيجاري الناتج عن بعاء الطلب من طرف المؤجر، ويتعين على المستاجر من
جهة، أن يرجع إلى المؤجر للمبالغ المستقة إلى المردود والتي امتنع أو لم يتمكن
هذا الأخير من إرجاعها لأي سبب من الأسباب داخل أجل خمسة عشر يوما
الموالية لفسخ العقد فندرج من بعده الطلب من طرف المؤجر، من جهة أخرى، أن
يرجع أيضا للمؤجر المصروفات المتعلقة بالطلب وإعاقه ولكل تصرف إليه هو قد
يقتضيه في المادة عن كل شهر ويذكر على الرسوم¹¹⁹⁵
1195- لأسماء الفقرة 2 من نفس 12 من

كما يفسخ العقد بقوة القانون في حالة الحراسة الفصائية أو
النقصية الفصائية¹¹⁹⁶ - أما عقد فتح مسطرة التسوية الفصائية فيجب

1196- أن حق الملكية والفكرية يعتبر من السمات الأساسية التي تفرقها
الممارسات التعاقدية إلى جانب السمات العينية والشخصية المعروفة، كما أن هذا
لا يتمثل بضمير المؤسسة المالكة للشيء، إلا يدخل هذا الأخير الذي تملكه والموجود
بين يدي المقلوب أو الشخص الحاضن للتسوية أو النصبة الفصائية لهذه العملية، إذ
بعد صدور الحكم الفصائي بفتح مسطرة يكون على السند إشعار الدائنين
الحاملين لسمات أو عقد التمثيل لإجاري تم شهرهما بأن يقدموا تصريحاً بديونهم
وفقاً للنموذج النموذجي المنصوص عليه في مدونة التجارة

ولا نفوتنا الإشارة هنا، إلى أنه جاء في الفقرة 1 من المادة 686 من القسم الرابع
نعت عنوان: القواعد المتعلقة بمساطر المعالجة والنصبة الفصائية من الكتب
الخامس من مدونة التجارة ما يلي

"يوجه كل دائنين ليس يورد ديونهم إلى ما قبل صدور حكم فتح المسطرة باستثناء
المعجورين نصريدهم بديونهم إلى السند. يشر شخصياً الدائنين الحاملون
صلاحتهم لم عقد التمثيل لإجاري تم شهرهما، وإذا اتصى الحال في موطنهم
المستأجر".

وورد في المادة 687 ما يلي:

"يجب تقديم التصريح بالتبليغ داخل أجل شهرين لعداء من تاريخ نشر حكم فتح
المسطرة بالجريدة الرسمية، ويمتد الأجل شهرين بالنسبة إلى الدائنين للفلسطين
خارج المملكة العربية.

فيما يخص المتعاقدين المشتر إليهم في المادة 573 ينتهي أجل التصريح خمسة
عشر يوماً بعد تاريخ الحصول على التحلي عن موصلة العقد إذا كان هذا التاريخ
لاحق لتاريخ الأجل المنصوص عليه في النقرة الأولى"

وفي هذه السبلق أيضاً تنصى فقرة 1 من المادة 7 من اتفاقية لوطوا بما يلي:

"أول الحقوق العينية للمؤجر المالي على المعدات يمكن التمسك بها في مواجهة
وكل النسبة ودائني المستأجر المالي بما في ذلك الدائنين المعترضين لسند قبل
التبليغ سواء كان مهلكاً أو مؤقلاً.

ب- أن مصطنع وكيل التمسك في حكم هذه الفقرة يشمل المصطنع والمصرف وكل
شخص غير الإدارة أموال المستأجر المالي لأجل مصطنع الدائنين".

تتولد عقود الائتمان الإيجاري على الرغم من كل شرط مخالف¹¹⁹⁷.
من جراء توقف المستأجر عن نشاطه لمدة تزيد على ثلاثة أشهر، أو
عند حصول ضعف في الضمانات المقدمة من لديه، حيث يصبح هذا
الأخير على إثر فسخ العقد مذنباً للمؤجر بمبلغ الأجرة مع كل الرسوم
التي بقيت مستحقة إلى نهاية الكراء الحالي دون مساس بالتأمينات
الأخرى، غير أنه في جميع هذه الحالات لا يمكن اللجوء إلى الفسخ لا
عند فشل محاولة التسوية الودية¹¹⁹⁸.

وقد ذكرت المادة 433 من مدونة التجارة المدنية بقولها:
"... تتضمن تلك العقود كيفية التسوية الودية للزاعات لمعكرونها
بين المتعاقدين" وذلك المجاماً مع لإادة المشرع في حل النزاعات
الناتجة عن عقد الائتمان الإيجاري بطريقة ودية بشأن تأويل لو تعهد أي
يبد من بنوده¹¹⁹⁹.

1197- لقد لورد المشرع هذا المقصود في بعض المادة 606 من مدونة التجارة
قائلاً-

"تحدد المحكمة عقود الائتمان الإيجاري أو عقود الكراء لو فتريد بفسخ
والخدمات الضرورية للحفاظ على بسط العقولة بناء على ملاحظات الأطراف
المتعاقدة مع المعاملة التي يقوم المصديق بالإبلاغ بها

يكون الحكم الذي يصدر المخطط بمثابة تعهد لهذه العقود
يجب تنفيذ هذه العقود وفق لشروط المعمول بها عند فتح الميسرة، على الرغم من
كل شرط مخالف مع مراعاة آجال الأداء التي يمكن أن تفرضها المحكمة، بصل
التعهد السليم للمخطط، بعد الاستماع إلى المتعاقدين أو استدعائهم بشكل قانوني"
1198 المشار إليها في الفصل 14 من العقد النموذجي محل الدراسة وكذا في
مدونة التجارة.

1199- طبقاً لمقتضيات الفقرة 2 من الفصل 14 من نفس العقد النموذجي يتم
التسوية الودية عن طريق شعار لطرف المدعي لطرف الأمر بموضوع مطالبة
برسالة مضمونة مع الائتمان بالتوصل تبعث إلى عنوانه، 4 يجب على المرسل
إليه أن يعلن عن قراره داخل أجل خمسة عشر يوماً من وضع الرسالة لدى مصالح
البريد، وإذا لم يصحب هذه الرسالة بدرس فيه أنه رفض التسوية الودية

وإن كان قد راى أيضا على القضاء، لاسيما المحاكم التجارية¹²⁰⁰ التي يبعد لديها احتمال النظر في الدعاوى المتعلقة بالعقود التجارية التي يدخل عقد الائتمان الإيجاري في زمرتها.

ثالثا: فسخ عقد الائتمان الإيجاري بطلب من المستاجر

على الرغم من التنصيص في العقد النموذجي للائتمان الإيجاري على حق المستفيد في طلب فسخ العقد قبل تاريخ انتهائه، لا أن تطبيقه يكون مقيدا ببعض الشروط التي تشكل في الواقع ضمانات مهمة بالنسبة لشركة الائتمان الإيجاري، من ذلك أداء المؤجر تعويضا يساوي مبلغ الإكزية والتوسع المتبقية والمحتسبة إلى نهاية مدة الكراء الجاري ويمكنه أيضا بعد مدة سنتين من الكراء على الأقل، أن يطلب فسخ الكراء وعلى أن يقدم مستاجرا جديدا يحظى بقبول مؤسسة الائتمان وتوقيع الملحق الذي يثبت هذا التغيير¹²⁰¹.

تم بصور من الله

اكادير بتاريخ 30 دونير 2016

1200- ينص الفصل 19 من نص العقد النموذجي على أنه إذا كان المؤجر مدعيا في المحكمة المختصة هي محكمة المكان الذي يوجد فيه مقره الاجتماعي أو موطن المستاجر أو المكان الذي يتواجد فيه هذه المصداق، وإذا كان المستاجر مدعيا، كانت المحكمة المختصة هي محكمة المكان الذي يوجد فيه المقر الاجتماعي للمؤجر.

1201- فيما لما يحد به الفصل 12 من نص العقد النموذجي.

الرسالة في الأصول الخمسة: المقابلة للمقدمة والمختصرة والمختصرة والمختصرة

في أصول الفقه

للأستاذ الأمامي

أو - باللغة العربية

المطبعة

إلى الله العود

لشؤون القرآن: الأصول الخمسة والمختصرة

بحث في الأصول الخمسة والمختصرة

للمصنف الأمامي - سنة ١٩٩٦

مشرقة مؤسسة المعرفة للقرآن الكريم ١٩٩٦

مطبعة ومكتبة الأمية الرباط

• اجتهد القسطنطين القسطنطيني في ميدان القرآن الكريم والمختصرة والمختصرة

للمختصرة والمختصرة

للمصنف رقم ٤

المطبعة الأولى سنة ١٩٩٦

مطبعة ومكتبة الأمية الرباط

• مختل للرسالة المختصرة والمختصرة

المطبعة الأولى سنة ١٩٩٦

مطبعة المعرفة للقرآن الكريم

المختصرة والمختصرة والمختصرة

• مختل للقرآن الكريم المختصرة

المطبعة الأولى سنة ٢٠١٢

مطبعة المعرفة للقرآن الكريم

مطبعة المعرفة للقرآن الكريم

أحمد أبو الوف

التحكيم الاختياري والإجباري

الطبعة الثانية، سنة 2000

الناشر: مشاة المعارف بالإسكندرية - جلال حزي وشركاء.

أكرم أمين الخولي

الوسيط في العقود التجارية، الجزء الرابع: العقود التجارية

الطبعة الأولى، سنة 1958.

مطبعة نهضة مصر

أحمد تقي الدين

التنظيم القانوني للسوق المالي المصري: (البنك والمصارف) دراسة قانونية
واستشارية لهيئة السوق المالي ولشركات تعاضد فيه على صوة آخر
الإصلاحات.

الطبعة الأولى، سنة 2006.

مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

أحمد شكري السباعي

الوسيط في الشركات والمجموعات ذات النفع الاقتصادي.

الجزء الثالث: شركات المساهمة.

الطبعة الأولى، سنة 2004.

مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

شرو وتوزيع دلو نشر المعرفة، الرباط.

• الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمقاولات التجارية
والمدنية. دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد وللقانون المقارن.
الجزء الأول: في النظرية العامة في قانون التجارة. والمحكم التجارية.
والتحكيم الوطني والدولي وقانون الأرنستري للأمم المتحدة. والنظرية العامة
في المقارنة ومعايير التمييز الجديد. ومختلف أنواع المقاولات. للطبعة
الأولى، سنة 2001

مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

نشر دار المعرفة، الرباط.

• الوسيط في النظرية العامة في قانون التجارة والمفصولات التجارية والمدنية، دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد وقانون المعقارن، الجزء الثاني

الطبعة الأولى، سنة 2001.

دار نشر المعرفة، الرباط.

• الوسيط في مساطر الرقابة من الصعوبات التي تعترض المقاول ومساطر محالجتها، دراسة معمقة في قانون التجارة المغربي الجديد والقانون المعقارن، الجزء الأول: في النظرية العامة والأهداف ومساطر الرقابة من الصعوبات: الوقاية للدخاية الوقائية الخرجية، والتسوية الوتية.

طبعة الثالثة مريدة ومنقحة، سنة 2007.

مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

نشر وتوزيع دار نشر المعرفة، الرباط.

■ الوسيط في الأوراق التجارية

الجزء الأول

الطبعة الأولى، سنة 1999.

مطبعة المعارف الجديدة، الرباط.

■ إريس الطوي العبدلاوي

شرح لقانون المدني

النظرية العامة للالتزام: نظرية العقد

الطبعة الأولى، سنة 1996.

مطبعة الساج الجديدة الدار البيضاء.

• الوسيط في شرح المسطرة المدنية.

القانون الفصلي الخاص وفق آخر لتعديلات، الجزء الأول

الطبعة الأولى، سنة 1998

مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• شرح لقانون المدني
السطرية العامة للتزام: الجزء الثاني
الإرادة المنفردة. الإثراء بلا سبب. المسؤولية التقصيرية. لقانون
الطبعة الأولى. سنة 2000
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• وسائل الإثبات في التشريع المدني المغربي: القواعد العامة لوسائل
الإثبات: الكتابة. الشهادة. القرائن. الإقرار. اليمين.
طبعة سنة 1990.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• محمد لغروجي
لقانون والتجارة بالمغرب: دراسة تحليلية نقدية في ضوء القانون
المغربي والقانون المقارن والاجتهاد القضائي.
الطبعة الثانية سنة 1999.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• العقود البنكية بين مدونة التجارة ولقانون البكي: دراسة معمقة ونقدية في
ضوء التشريع المغربي والتشريع المقارن ومعزة بأحكام وقرارات قضائية
حديثة
الطبعة الأولى. سنة 1998.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

• مصريات المقلولة والمساطر القضائية الكفيلة بمعالجتها.
الطبعة الأولى. سنة 2000.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

الحسين أبو عيسى
كروولوجيا الاجتهاد القضائي في المادة التجارية.
مسئلة كروولوجيا لاجتهاد القصائي. العدد 4.
الطبعة الأولى. سنة 2004.
مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

جبروم هوييه
المطول في القانون المدني بإشراف جاك كمتان.
العقد الرئيسية الخاصة
ترجمة منصور القاصي
المجلد الأول
الطبعة الأولى. سنة 2003
مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت.

المطول في القانون المدني، بإشراف جاك كمتان.
المجلد الثاني. ترجمة منصور القاصي.
الطبعة الأولى. سنة 2003.
مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع. بيروت. لبنان

جمال الدين عطية
البوك الإسلامية بين الحرية والتنظيم والتقييد والاجتهاد النظرية والتطبيق،
كتاب الأمة، العدد 13.
الطبعة الأولى. سنة 1986.
مطابع الدوحة الحديثة، قطر.

حماد العراقي
المضاء العربي بين الأسس والهدم
الطبعة الأولى. سنة 1975.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء
نشر وتوزيع مكتبة الرشيد. الدار البيضاء.

الدكتور خالد عبد الله عيد
مدخل لدراسة للقانون: أسس ومبادئ نظرية القانون ونظرية الحق
الكتاب الأول : نظرية القانون
الطبعة الأولى، سنة 1987
مطبعة السراج الجديدة، الدار البيضاء
دار الأمان للنشر والتوزيع، المكنونية، الرباط.

الدكتور رافيق يونس المصري
فقه المعاملات المالية
الطبعة الأولى، سنة 2005
دار القلم، دمشق - دار القامية، بيروت - دار الشير، جدة.

الدكتور رضا السيد عبد الحميد
بهاء وكالة العقود ونثره في قانون التجارة رقم 17 لسنة 1999
دراسة مقارنة مع القانون الكويتي والقانون الفرنسي
طبعة سنة 1999-2000
دار النهضة العربية، القاهرة

الدكتور سمير عبد الحميد تنانخو
عقد البيع
طبعة سنة 2005
منشأة المعارف بالإسكندرية
جلال حزي وشركاه.

• النظرية العامة للقانون
طبعة سنة 1974
منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر.

الدكتور سميرة القيلوبي
شرح لمعروف التجارة.
طبعة سنة 1992

دار النهضة العربية، مصر.

دكتور عبد القادر العرعري

الرجوز في النظرية العامة للعقود المسماة:

لكتاب الأول: عقد البيع

الطبعة الأولى، سنة 1999

توزيع مكتبة دار الأمان، الرباط

مطبعة النجاح الجديدة، لدار البيضاء.

• مصادر الاقتراعات

لكتاب الأول: نظرية العقد

دراسة على ضوء التعديلات الجديدة التي عرفها قانون الالتزامات والعقود
المغربي

الطبعة الثانية، سنة 2005

مطبعة الكرامة، الرباط

الناشر مكتبة دار الأمان، الرباط.

دكتور عبد الإله فرننير

المعل التشريعي بالمغرب: أصوله التاريخية ومرجعاته الدستورية

دراسة تأصيلية وتطبيقية

الجزء الأول : الأصول التاريخية للمعل التشريعي

سلسلة دراسات وأبحاث جامعية.

العدد 2، الطبعة الأولى، سنة 2002.

مطبعة المعارف الجديدة، الرباط

دكتور عبد الرحمن بلعنه

البيع بين النظر والعمل

الطبعة الثانية، سنة 1995

مطبعة النجاح الجديدة، لدار البيضاء.

✍️ **عبد القوي موكو**
المختل بدراسة القانون
الطبعة الأولى: سنة 1971
مطبعة كوتو - الرباط.

✍️ **علي سليمان العبيدي**
الأوراق التجارية في التشريع المغربي
الطبعة الأولى: سنة 1970
مكتبة التومي - الرباط

✍️ **عبد الباسط جيمعي**
أثر عدم التكافؤ بين المتعاقدين على شروط العقد، ظاهرة لاختلال التوازن بين
الالتزامات التعاقدية في ظل إبقاء الشروط التعسفية.
دراسة مقارنة بين القانون المصري وقانون دولة الإمارات والقوانين الأوربية
مع إشارة إلى القوانين الأنجلوأمريكية.
طبعة سنة 1990. 1991
دار النهضة العربية. القاهرة.

✍️ **علي حسن بومن**
الحقود التجارية.
طبعة سنة 1969.
دار الفكر العربي - القاهرة.

✍️ **عائشة الشرفلوي المالح**
البنوك الإسلامية: التجربة بين الفقه والقانون والتطبيق.
الطبعة الأولى: سنة 2000.
النشر: المركز الثقافي العربي.

✍️ **عادل حسن علي**
الإثبات في المواد المدنية.
طبعة سنة 1996.

مكتبة زهران الشرق.

✍️ **عبد العظيم عويس**
المرشع إلى القضاء الإسلامي.
الطبعة الأولى، سنة 1987.

كتاب الشرق الأوسط، الشركة السعودية للأبحاث والتسويق.

✍️ **عبد الرحيم بحار**
الإجراءات التحقيقية في مادة العقود التجارية.
سلسلة الدراسات والأبحاث، العدد 8، فبراير 2009.
طبعة سنة 2009.
مطبعة البيت، ميلا.

مستورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، الربط.

✍️ **عبد الرزاق أحمد المنهري**
الوسيط في شرح القانون المدني.
الجزء الثالث: نظرية الالتزام بوجه عام.
طبعة سنة 2004.
منشأة المعارف، الإسكندرية.

• **الوسيط في شرح القانون المدني.**
الجزء السابع:
المجلد الأول: العقود الواردة على العمل: العقولة والوكالة والوديعة
والحراسة
طبعة سنة 2004.
منشأة المعارف، جلال حري وشركاه الإسكندرية.

✍️ **عبد السميع المصري**
المصرف الإسلامي علميا وعمليا
طبعة سنة 1988.
مكتبة وهبة، القاهرة.

عبد العالي العطاروي

صلاحية المحاكم التجارية للبث في دعاوى الأكرية التجارية على ضوء
الاجتهاد القضائي.
الطبعة الأولى: سنة 2002.
دار الفلم. الرباط.

عبد العالي بنصور

نور مجلس المداخلة في تحليل العلاقات الاقتصادية. سلسلة ندوات محكمة
الاستئناف بالرباط العدد الرابع. سنة 2012.
مطبعة الأمنية. الرباط
نشر محكمة الاستئناف. الرباط

عبد الكريم شهبون

التشافي في شرح قانون الالتزامات والعقود المغربي
الجزء الثالث.
الطبعة الأولى، سنة 1999.
مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء.

عبد التطيف خالفي

الوسيط في مدونة الشغل:
الجزء الأول: علاقات الشغل الفردية.
الطبعة الأولى، سنة 2004.
لمطبعة والورقة الوطنية. مراكش.

عز الدين بنستي

دراسات في القانون التجاري المغربي: دراسة مقارنة على ضوء
المستجدات التشريعية لراية بالمغرب.
الجزء الأول: لفنظرية العامة للتجارة والتجار.
لصبعة الثانية مزيدة ومنقحة. سنة 2001.
مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

٥٢ عزت الدسوقي

للموسوعة الحديثة في أحكام النقص
طبعة سنة 2000.

دار محمود للنشر والتوزيع- القاهرة.

٥٣ عزيز العكيلي

شرح للقانون التجاري

الجزء الأول: الأعمال التجارية. لتجار المتجر العقود التجارية قطيعه
الأولى. سنة 2005.

دار الثقافة للنشر والتوزيع. عمان، الأردن.

٥٤ هلال القهاري

الاقتصاد الإسلامي.

طبعة سنة 1988.

شركة النشر والتوزيع للمدرسة الدار البيضاء.

٥٥ علي البارودي ومحمد فريد العربي

لقانون التجاري.

الجزء الثاني: العقود التجارية وعملات البنوك.

طبعة سنة 2000.

دار المطبوعات الجامعية. مصر.

٥٦ علي جمال الدين عوض

الوجيز في القانون التجاري: العقود التجارية. الأوراق التجارية. عمليات

البنوك، الإفلاس.

طبعة سنة 1982.

مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي.

دار النهضة العربية. مصر.

الفصل فوزي معلل

شرح القانون التجاري المغربي الجديد.
الجزء الأول: نظرية التاجر والشروط التجارية: اكتساب صفة التاجر.
التزامات التاجر وحقوقه. الأصل التجاري. صوبط المناقصة التجارية.
الملكية الصناعية.

الطبعة الثالثة. سنة 2009.

مطبعة الأمانة الرباط.

الفصل فريدة اليومودي

التأليف التجاري. الأعمال التجارية والتاجر

الطبعة الأولى. سنة 2006

مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء.

الفصل محمد جلال المسعود

مدخل لدراسة قانون

الطبعة سنة 1993

دار الأمان . الرباط

الفصل محمد الشراي

لتطير الشرف في قانون العام المغربي

الطبعة الأولى. سنة 1983

دار الثقافة. الدار البيضاء

مطبعة النجاح الجديدة. الدار البيضاء

الفصل موسى صهر ومحمد المصباحي

المختصر في المصطرة المدنية والتنظيم القضائي وفق تعديلات سنة 1993.

طبعة سنة 1994

مطبعة الصومعة. الرباط.

الوسيلة الحقوق الخاصة: العقود المدنية والتجارية والبنكية

موسى عهود

الوجيز في القانون الدولي الخاص العربي
الطبعة الأولى: أكتوبر سنة 1994

الناشر: المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، بيروت.

محمد الكشور

نظام التعاقد ونظريتنا القوة القاهرة والظروف الطارئة

دراسة مقارنة من وحي حرب الخليج

الطبعة الأولى: سنة 1993

مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

• رقابة المجلس لأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية.

محاولة للتنمير بين الواقع والقانون

الطبعة الأولى: سنة 2001

مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

محمد السيد الفتي

القانون التجاري: الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك.

الطبعة الأولى: سنة 2010.

مشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

محمد الشافعي

الأوراق التجارية في مدونة التجارة

الطبعة الثالثة، بدون ذكر السنة.

المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش.

محمد باقر الصلر

البنك العربي في الإسلام.

الطبعة الثالثة، سنة 1983.

دار المعرب للطباعة، بيروت، لبنان.

محمد جنكل

المعاملات البنكية المباشرة. الحساب بالاطلاع. الاعتماد المستندي. القرض
والخصم. دراسة قانونية وفقهية وقضائية ملقحة طبقاً لأحدث التعديلات في
القوانين المغربية والقوانين المقارنة
طبعة سنة 2010.
مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.

مصطفى كمال طه وعلي البارودي

القانون التجاري: الأوراق التجارية. الإفلاس. عقود التجارة عمليات
البنوك.
الطبعة الأولى. سنة 2001.
مشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان.

مصطفى كمال طه

العقود التجارية وعمليات البنوك. دراسة مقارنة.
الطبعة الأولى. سنة 2010.
مشورات الحلبي الحقوقية. بيروت. لبنان.

محمد بدلاء غزيول

عقد الائتمان الإيجاري على المنقولات بين الفقه والقضاء.
الطبعة الأولى. سنة 1998.
مطبعة المعارف الجديدة. الرباط.

نورة غزلان

الوجيز في العقود التجارية
دراسة في ضوء المقترضات التشريعية والممارسة العملية معررة بنصوص
تشريعية وتنظيمية ومشاريع قوانين وأحكام وقرارات قضائية ومزودة
بمستجدات تتعلق بـ:

النظام الأساسي لعرف التجارة والصناعة والخدمات لسنة 2013.
التقرير السنوي للمجلس الاقتصادي والاجتماعي لسنة 2013
البنوك التشاركية في ظل مشروع القانون البيكي رقم 34.03

الطبعة الأولى، سنة 2014.

مطبعة الورود، إنزكان.

• التنظيم القضائي للمملكة: دراسة للنساء الأساسى وفق رؤية قانونية منذ فترة ما قبل الحماية إلى غاية الألفية الثالثة.

الطبعة الأولى، سنة 2010.

مطبعة الورود، إنزكان.

• التنظيم القضائي للمملكة: دراسة من صميم الإصلاح الشامل للقضاء المغربي

الطبعة الثانية، سنة 2013.

مطبعة الورود، إنزكان.

• قانون المسطرة المدنية وفق آخر المستجدات

الطبعة الثالثة، سنة 2015.

مطبعة الورود، إنزكان.

• العقود للمعاشاة في ظل تطویر الالتزامات والعقود المغربي، دراسة لمقتد السلع وعقود أخرى معززة بـ القانون رقم 53.05 حول البائع الإلكتروني للمعطيات القانونية. القانون رقم 51.00 المتعلق بالإيجار المفضي إلى تملك العقار، القانون رقم 44.00 المتعلق ببيع العقارات في طور الإنجاز.

الطبعة الثانية مزیدة ومتقنة وفق آخر المستجدات سنة 2009-2010 مطبعة الورود إنزكان.

• المكونات البنوية للتنظيم القضائي المغربي: دراسة تعليلية من زلوية المقومات الجهرية للحکامة الجيدة.

الطبعة الأولى، سنة 2008-2009.

مطبعة الورود، إنزكان.

• نافذة على أصول التقاضي: دراسة مختصرة في ضوء قانون المسطرة المدنية المغربي.
الطبعة الأولى: سنة 2008-2009،
مطبعة الورود، الزكازن.

• التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة
التنظيم القضائي للمملكة في ضوء مستجدات سنة 2016
الطبعة الأولى: سنة 2016،
مطبعة الأمانة الرباط.

• التوجهات الأساسية للإصلاح الشامل والعميق لمنظومة العدالة
المسطرة المدنية في ضوء مشروع قانون فرعي صيغة 12 يناير 2016
الطبعة الأولى: سنة 2016،
مطبعة الأمانة الرباط.

✍ **نبيل أبو مسلم**
الدليل العملي في المنازعات المدنية من خلال رصد لأهم مواقف القضاء
المغربي.
طبعة سنة 2010،
مطبعة الأمانة الرباط.
نشر در الأفق العربية للنشر والتوزيع الدار البيضاء.

✍ **نصر الدين فضل المولى محمد**
المصارف الإسلامية: تحليل نظري ودراسة تطبيقية على مصرف إسلامي.
الطبعة الأولى: سنة 1985،
دار العلم للطباعة والنشر جدة، السعودية.

✍ **هاني محمد دريدار**
النظام القانوني للتأجير التمويلي: دراسة نقدية في القانون الفرنسي، طبعة
سنة 1994،
دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.

المبسطة في العقود الخاصة : العقود المدنية والتجارية والبنكية

أ.م.ع. ياسر سيد الحنودي
النظام القانوني لعقد الامتياز التجاري.
طبعة سنة 2006.
دار الفكر العربي - مصر.

الأطروحات والرسائل والخطوبات الجامعية

أحمد **أسماعيل عبد الرحمن**

نظرية الضرر وأثارها على الالتزام التعاقدية
أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص
السنة الجامعية: 1990

جامعة الحسن الثاني، للدار البيضاء
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، للدار البيضاء.

أحمد **بلميد كرومي**

سطة القاضي في تفسير النصوص الشرعية وللوضعية
أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص
السنة الجامعية: 1990-1991.

جامعة الحسن الثاني
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، للدار البيضاء.

أحمد **عبد الحليف شبيب**

الجوهر القانوني للحساب الجاري على ضوء القانون المغربي
والمعقرون.

رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص.
السنة الجامعية: 1993-1994.

جامعة القاضي عياض.
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش.

أحمد **محمد مختار**

التطور التقليدي للقانون الدستوري المغربي
أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون العام
السنة الجامعية: 1988.

جامعة الحسن الثاني، للدار البيضاء

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية

60 محمد شعلح

ملطس الإرادة في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي: أسسه ومظاهره في نظرية العقد

رسالة ليل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص
السنة الجامعية: 1983

جامعة محمد الخامس

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الرباط

61 ماجد محمد عبد الرحمان خليفه

الوكالة التجارية.

أطروحة ليل الدكتوراه في القانون الخاص
سنة 1977.

جامعة القاهرة.

كلية الحقوق.

62 نورة طزلان

تعدد المرجعيات وأثره في مسار القضاء بالمغرب

أطروحة ليل دكتوراه الدولة في القانون الخاص

السنة الجامعية: 2004-2005

جامعة الحسن الثاني، المحمدية

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، المحمدية.

• حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

رسالة ليل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص

السنة الجامعية: 1994-1995.

جامعة الحسن الثاني، الدار البيضاء

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، الدار البيضاء.

- الطرق البديلة لتسوية المنازعات
- مجموعة محاضرات أقيمت على طلبة الأسس السادس. شعبة القوانين
الحاص
السنة الجامعية: 2005-2006
جامعة القسن الثاني. المحمدية
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. المحمدية.

المقالات والتدريبات

أحمد الطاهر القضاوي

مقاربة الوعد بالكرام والكرام مع البيع

مجلة الميادين

العدد 8. سنة 1993

كلية الحقوق وجدة.

أحمد المختار بكور

فراة لاتفاقية المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بشأن إيجار المال
الدولي (أولادوا 28 ماي 1988)

المجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية. العدد 34. سنة 1994 ص 103 وما
بعدها.

عبد السلام الوهابي

عقد الانتامل الإيجاري للمنقول في القانون المغربي. الندوة الرابعة للعمل
القضائي والبيكي. يناير 2004

سلسلة الندوات واللقاءات والأيام الدراسية. المملكة المغربية. رورة الحل -
المعهد العالي للقضاء.

أحمد شمس الدين صبياتي

التحكيم التجاري قضاء المستقبل

المجلة المغربية للتحكيم التجاري

العدد 2. سنة 2003.

أحمد الحفيظ الأسواني العلوي

التحكيم في الشريعة الإسلامية : مفهوم التحكيم فيها وقضاء.

المجلة المغربية للتحكيم التجاري

العدد 2 سنة 2003.

دكتور محمد الكشور

مشكلة التنازع بين الحق المالك وقانون العقود والالتزامات في مجال العقار
غير المحظ

لمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية

العدد 7، سنة 1984.

عدد خاص بالأيام الدراسية حول موضوع : قانون الالتزامات والعقود

مضى سبعين سنة، 20-21 أبريل، 1984، لدار البيضاء

مطبعة النجاح الجديدة، لدار البيضاء.

• تزوجية لغة النص التشريعي وأثرها على القضاء

مجلة لقانون والاقتصاد، العدد 6 سنة 1990

عدد خاص بأعمال الندوة الوطنية التي نظمتها كلية الحقوق بفاس، يومي 24

و 25 نونبر 1989 في موضوع: "القضاء بالمغرب: واقع وآفاق"

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس.

دكتور محمد شيلح

أصول قانون الالتزامات والعقود من زاوية واضعه وموضوعه: محاولة

قراءة في قانون الالتزامات والعقود من خلال سيرته

مجلة لقانون والاقتصاد

العدد 5، سنة 1989.

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس.

• في مشاكل الفصل 94 من قانون الالتزامات والعقود المغربي من حيث

تحديد طبيعة عيوب الإرادة المنصوص عليها فيه وشروط الإبطال المبنية

عليها من خلال التطبيق على القرار رقم 1625 الصادر عن المجلس الأعلى

بتاريخ 13 يونيو 1988

مجلة لقانون والاقتصاد

العدد 7 سنة 1991، عدد خاص بالدراسات القانونية والمجتمعية

جامعة سيدي محمد بن عبد الله

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، فاس.

المؤلف: محمد جلال السعيد

تسارع مجال بعض العقود المعاصرة وجمود النصوص القانونية المنظمة لها
فمجلة المغربية للاقتصاد والقانون
العدد 18 سنة 1992

عدد خاص باليوم الدراسي لتكريم الأستاذ بورقيد الجرولي في موضوع
"العقود بين النص القانوني والاجتهاد القضائي" في 14 جبر 1990
جامعة القاضي عياض

كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش.

المؤلف: محمد سلام

الطرق البديلة لحل النزاعات: التجربة الأمريكية كمودج
أشغال الندوة العلمية التي نظمتها شعبة القانون الخاص بكلية الحقوق بفاس
بشراكة مع وزارة العدل وهيئة للمعلمين بمس يومي 4 و 5 بريل 2003 في
موضوع: الطرق البديلة لتسوية المنازعات
مشورات جمعية بشر المعرفة القانونية والقضائية
سلسلة الندوات والأيام الدراسية

العدد 2، الطبعة الأولى، سنة 2004

مطبعة فضالة، المحمدية

الدوريع دار القلم، الرباط.

الأحكام والقرارات القضائية

- الحكم المدني رقم 265 الصادر في 4 يونيو 1985، المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 9، الإصدار الرقمي، ديسمبر سنة 2000.
- حكم المحكمة التجارية بمراكش عدد 166 الصادر بتاريخ 23 نوفمبر 2000، المنشور بمجلة المحامي، العدد 39.
- حكم المحكمة التجارية بمراكش الصادر في الملف رقم 99.505 بتاريخ 28 يونيو 1999، المنشور بمجلة الإلتعاج، العدد 20.
- حكم المحكمة التجارية بمراكش، المنشور بمجلة المحامي، العدد 34، يناير 1994.
- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 25 يونيو 1969، المنشور بمجلة للقضاء والفنون، العدد 102، أكتوبر سنة 1969، وبمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، ديسمبر 2000، العدد 11، مركز النشر والتوثيق القضائي.
- قرار المجلس الأعلى عدد 201 الصادر بتاريخ 20 ماي 1977 في الملف المدني رقم 678، المنشور بمجلة قضاء للمجلس الأعلى، الإصدار الرقمي، ديسمبر 2000، العدد 25، مركز النشر والتوثيق القضائي.
- قرار المجلس الأعلى رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985، المنشور بمجلة قضاء للمجلس الأعلى، العدد 39، الإصدار الرقمي، ديسمبر 2000.

الوسيط في العقود الخاصة : العقود المدنية والتجارية والبنكية

- قرار المجلس الأعلى رقم 1568 الصادر بتاريخ 26 يونيو 1985.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 39. الإصدار الرقمي لجلب سنة 2000
- قرار المجلس الأعلى رقم 2750 الصادر بتاريخ 20 نونبر 1985 في
ملف المدني عدد 94865
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. الإصدار الرقمي لجلب سنة 2000. العدد
4. مركز النشر والتوثيق القضائي.
- قرار المجلس الأعلى عدد 278 الصادر بتاريخ 25 مارس 1985
المنشور بالمجلة المغربية للقانون. العدد الأول. سنة 1986.
- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 13 نونبر 1989 في الملف عدد
2226.
المنشور بمجلة القضاء والقانون. القاتر. العدد 42. السنة 28.
- قرار المجلس الأعلى رقم 3704 الصادر في الملف المدني عدد
95.9.1.2484 بتاريخ 12 يونيو 1997.
المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى. العدد 53-54. الإصدار الرقمي.
لجلب سنة 2000.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بغاب رقم 125 الصادر بتاريخ 12
نوفمبر 1998 في الملف عدد 98.205
المنشور بمجلة المعيار العدد 24.
- قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء رقم 5 ت 99 الصادر بتاريخ 9
فبراير 1999 في الملف رقم 65. 99. 6.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بغاب رقم 99134 الصادر بتاريخ 22
مارس 1999.
المنشور بمجلة المحاكم التجارية العدد 1 ماي 2004

- قرار محكمة الاستئناف التجارية بعاس رقم 171 الصادر بتاريخ 10 فبراير 2000 المنشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 1، ماي 2004.
- قرار محكمة الاستئناف بالقنيطرة عدد 898 الصادر بتاريخ 17 يونيو 2000 في الملف العدلي رقم 1544.99 المنشور بمجلة المحاكم المغربية العدد 23.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بعاس العدد 252 الصادر بتاريخ 1 أبريل 2000 في الملف رقم 5.12.1999 المنشور بمجلة المعيار، العدد 27.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية رقم 1781 الصادر في الملف التجاري عدد 6.169، 98 بتاريخ 15 نونبر 2000، المنشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 88.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بعاس الصادر في الملف عدد 99.869 بتاريخ 22 فبراير 2000، المنشور بمجلة المحاكم التجارية، العدد 1، ماي سنة 2004.
- قرار المجلس الأعلى رقم 1957 الصادر في الملف التجاري عدد 00.1844 بتاريخ 26 شتنبر 2001، المنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، الإصدار الرقمي دجنبر 2000، مركز النشر والتوثيق لتقاضي.
- قرار محكمة الاستئناف التجارية بعاس رقم 219 الصادر في الملف عدد 01.1793 بتاريخ 14 فبراير 2008.

المجلات والموسوعات

- مجلة المحاكم المغربية
العدد 433، سنة 1931، و العدد 1217
- مجلة القضاء والقانون
العدد المزدوج: 85-87، سنة 1967
- المجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد
العدد 4، سنة 1978، والعدد 5، سنة 1979
- مجلة رابطة القضاء
العدد المزدوج: 6-7 يوليو، سنة 1983
- مجلة المحاماة
العدد 26، غشت سنة 1987
- مجموعة قرارات المجلس الأعلى: المادة المدنية
الجزء الأول: 1966-1982
الجزء الثاني: 1983-1991
- مجلة قضاء المجلس الأعلى
العدد 47، يوليو سنة 1993
- المجلة المغربية للمحكمة التجارية
العدد 2، سنة 2003.

• مجلة الإشعاع

للعقد 11. سنة 1994

• مجلة القضاء والقانون

للعقد 139

السنة 26. جانير 1989

• مصطفى إبراهيم وآخرون

للمعجم الوسيط

الجزء الثاني.

الطبعة الرابعة سنة 2004.

مكتبة الشروق الدولية. القاهرة. مصر.

تاليا - باللغة الفرنسية

- **Christiane Dossé**
le leasing (Crédit bail) aux Etats-Unis
Techniques bancaires N° 349 Mars 1976
- **Christien Gavalda et Jean stoufflet**
Droit bancaire comptes Opérations Services .
3^{ème} édition. 1979 . Edition.litec.
- **Claude champaud : la concession commercial.**
In, Revue trimestrielle de Droit commercial
N° 24 . année 1963.
- **Charles Guyet . le louage et la propriété du crédit -bail et
du bail superficiaire. Tome 180.**
Edition 1984. L.G.D.J. Paris
- **Didier R.Martin**
Droit commercial et Bancaire Marocain
3^{ème} édition. 2003
Société d'édition et de diffusion Al Madaniss. Casablanca.
- **Denis Mazeaud**
Le Juge Face Aux Clauses Abusives.
In, Le Juge Et L'exécution Du Contrat . Colloque Ida Aix-En
Provence. 28 Mai 1993. Avant Propos De Jacques Mestre.
Université De Droit D'économie Et Des Sciences Politiques D
Aix-Marseille . Faculté De Droit Et De Sciences Politiques.
- **Georges Ripert Et René Roblot**
Traité De Droit Commercial. Sous la direction de Michel
German. Tome II : EFFETS de commerce. Banque. Contrats
commerciaux. Procédures collectives
17^{ème} édition 2004
L.G.D.J.Paris . France.

- **Georges Ripert, René Roblot**
Traité de Droit commercial. Tome II
14ème Edition. Par . Philippe Delebecque et Michel Germain
L.G.D.J Paris France.
- **Gilles Paisant**
Dix Ans D'application De La Réforme Des Articles 1152 Et
1231 Du Code Civil Relative A La Clause Penale (Loi Du 9
Juillet 1975)
In, Revue Trimestrielle De Droit Civil N°4 Octobre 1985
- **Jean-Paul Clement:**
les nouvelles données juridiques de la franchise
la gazette du palais. N° 3. 1991
- **Jean- Marie le loup**
Droit et pratique de la franchise
Collection ce qu'il vous faut savoir.
1ère Edition 1983, Delmas et cie, Parid
- **Jean Guenot**
la franchise commerciale
Gazette du Palais du 02 Juin 1994 Recueil 1er semestre 1994
- **Jean-Paul Razon**
Les Institutions Judiciaires Et La Procedure Civile au Maroc
Avec La Collaboration De Mohammed Hassen
1ère Edition.1988
Presses De L'imprimerie Najah El Jadida Casablanca
- **Mohammed Azzedine Bensghir**
L'article 54 Du D O C Un Article Inappliqué Pourquoi
In, Revue Marocaine De Droit Et D'economie De
Developpement N°7 1984 Université Hassan II Faculte Des
Sciences Juridiques Economiques Et Sociales Casablanca

- **Mario Giovanoli**
Le Crédit Bail (Leasing) En Europe Développement Et
Nature Juridique
Edition 1980
Librairie Technique, Paris.
- **Mimoun charqi**
Droit Bancaire Marocain
Edition 2004
Collection Banque Et Entreprise
Imprimerie Beni Snassen Salé.
- **Michel Vasseur**
La responsabilité civile du banquier dispensateur de crédit
Editon 1978 Paris
- **Omar Azziman**
Droit Civil Droit Des Obligations, Volume 1 Le Contrat
1995 Edition Le Pennek, Imprimerie Najah El Jadida,
Casablanca
- **Philippe Malaurie, Laurent aynès**
Droit Civil Les Contrats Speciaux Par : Philippe Malaurie
Laurent Aynès, Pierre Yves Gauthier
4ème Edition 2009
Editions Point Delta, Defrenois Lextenso Editions, Paris
Cedex 02.
- **Roberto Baldi**
Le Droit de distribution commerciale dans l'Europe
communautaire
Edition 1988, Bruylant, Bruxelles
- **Raynaud Turille**
Le modèle comptable patrimonial: les enjeux d'un Droit
comptable substantiel
Thèse de doctorat 1993 Université Nice

- Roger Honn
La distinction des contrats synallagmatiques
Edition 1937, Paris
- Tahar Daoudi
Réussir à l'export
3^{ème} Edition 2002 Imprimerie Beni zassen 2416

الكتاب الأول: العقود المدنية

الفصل الأول: الإطار العام للعقود المدنية

المبحث الأول: تصنيف العقود وتحديد مضمونها

المطلب الأول: تقسيمات العقود في اللغة والقانون

الفقرة الأولى: العقود من حيث تكوينها وأشكالها

أولاً: العقود الرضائية والشكلية والعينية

1- العقد الرضائي

2- العقد الشكلي

3- العقد العيني

ثانياً: العقود التبادلية وغير التبادلية

1- تقبل الالتزامات في العقود التبادلية

2- آثار تقابل الالتزامات في العقود التبادلية

الفقرة الثانية: العقود من حيث تحديد الالتزامات ودور الزمن فيها

أولاً: العقود المحددة والاحتمالية

ثانياً: العقود الفورية والمستمرة

1- دور الزمن في كل من العقد الفوري والمستمر

2- أوجه الاختلاف بين العقد الفوري والمستمر

الفقرة الثالثة: العقود من حيث العوض وعدد السجلات القانونية فيها

أولاً: عقود المعاوضة والتبرع

1- تقابل العوضين في المعاوضة دون التبرع

2- الفرق بين عقد المعاوضة وعقد التبرع

ثانياً: العقود البسيطة والمختلطة

الفقرة الرابعة: العقود من حيث المساومة واشتراط قبول جميع المتعاقدين

أولاً: عقود المساومة والإعلان

ثانياً: العقود الفردية والجماعية

- 69 الفقرة الخامسة: العقود من حيث تنظيمها القانوني
- 7 للمطلب الثاني: تعريفات تحليل مضمون الفقرة
- 72 الفقرة الأولى: تعريف العقد
- 72 أولاً ماهية تعريف العقد
- 72 1- معنى تعريف العقد
- 73 2- ضوابط تعريف العقد
- 74 ثانياً حالات تعريف العقد
- 74 1- حالة العقد العارض العبارة
- 75 2- حالة العقد الواضح العبارة
- 77 ثالثاً ملحة القاضي الموضوع في مجال تفسير العقد
- 78 رابعاً: تحريف العقود
- 79 1- أصل نشأة نظرية التحريف ومجال تطبيقها
- 80 2- شروط تطبيق نظرية التحريف
- 81 3- التحريف لدى محكمة النقض
- 83 الفقرة الثانية: تكيف العقود
- 83 أولاً: مفهوم تكيف العقد وطاقه
- 83 1- تعريف التكيف
- 85 2- نطاق التكيف
- 85 ثانياً: حالات تكيف لأطراف للعقد
- 86 1- حالة الخطأ في التكيف
- 87 2- حالة التكيف غير الصحيح لمقتل
- 88 3- حالة تكيف العقد غير المبسط
- 89 ثالثاً: موقف محكمة النقض من التكيف
- 89 1- التكيف الحاصص لرقابه محكمة النقض
- 90 2- التكيف غير الحاصص لرقابه محكمة النقض
- 91 المبحث الثاني: العقود المصماء ومظاهر تطورها
- 92 للمطلب الأول: ماهية العقد المسمى
- 92 الفقرة الأولى: مفهوم العقد المسمى
- 92 أولاً: تعريف العقد المسمى في التشريع
- 93 ثانياً: أسلوب العقد في تعريف العقد المسمى
- 94 الفقرة الثانية: صوب العقد المسمى

- 94 أولاً: صياغة الاسم
95 ثانياً: صياغة التطعيم
95 الفقرة الثالثة: أهمية التفرقة بين العقد المسمى وغير المسمى
95 أولاً: في القانون الروماني
97 ثانياً: في القوانين الحديثة
98 المطلب الثاني: ملامح تطور العقود كمصنعة ومصادر لها
98 الفقرة الأولى: نطاق العقود كمصنعة
98 أولاً: في القانون الروماني
99 ثانياً: في القانون الفرنسي
100 ثالثاً: في القانون المغربي
101 الفقرة الثانية: مصادر العقود كمصنعة
102 أولاً: للتشريع
104 ثانياً: لمصادر الأخرى للعقود كمصنعة
104 1- الفقه الإسلامي
106 2- العرف
107 3- الاجتهاد القضائي
109 الفصل الثاني: نفاذ من العقود المدنية
119 المبحث الأول: عقد البيع
121 للمصالح الأول: ماهية عقد البيع
121 الفقرة الأولى: تعريف عقد البيع
122 الفقرة الثانية: الخصائص الأساسية لعقد البيع
125 الفقرة الثالثة: تمييز عقد البيع عن بعض العقود المشابهة
125 أولاً: تمييز عقد البيع عن عقد المعاوضة
129 ثانياً: تمييز عقد البيع عن عقد الصلح
143 ثالثاً: تمييز عقد البيع عن عقد الهبة
144 للمصالح الثاني: أركان عقد البيع
146 الفقرة الأولى: التزامني على قبض والتمتع
148 الفقرة الثانية: الاتفاق على المبيع
148 أولاً: وجوب كون المبيع موجوداً أو قابلاً للوجود
150 ثانياً: وجوب كون المبيع معيناً أو قابلاً للتعين

- ثالثاً: وجوب كون المبيع قبلاً للتعاس فيه. 152.
- الفقرة الثالثة: الاتفاق على الثمن 152.
- أولاً: وجوب كون الثمن نقدياً... 152.
- ثانياً: وجوب كون الثمن جدياً 154.
- ثالثاً: وجوب كون الثمن مقدراً أو قبلاً للتقدير 155.
- المطلب الثالث: الأثر القانوني لعقد البيع 156.
- الفقرة الأولى: التزامات البائع 157.
- أولاً: الالتزام بتسليم الشيء للمبيع 157.
- 1- معنى التسليم ومشتقاته 157.
- 2- ظروف التسليم ومصرفاته 159.
- ثانياً: الالتزام بصيانة الشيء المبيع 161.
- أ- ضمان التعرض والاستحقاق 161.
- أ- ضمان التعرض 161.
- ب- ضمان الاستحقاق 162.
- ج- آثار التعرض والاستحقاق 163.
- 2- ضمان عيوب الشيء المبيع 167.
- أ- مفهوم العيب في الشيء المبيع 167.
- ب- شروط لعيب الموجب للضمان وشروط ضمان الصفات 167.
- ج- دعوى ضمان العيوب والصفات والآثار المترتبة عليها 170.
- الفقرة الثانية: التزامات المشتري 176.
- أولاً: الالتزام بأداء الثمن 176.
- 1- ظروف وكيفية أداء الثمن 177.
- 2- حكم عدم أداء الثمن 178.
- ثانياً: الالتزام بتسلم المبيع 179.
- 1- معنى تسليم المبيع وظروفه ومصرفاته 179.
- 2- جزاء الإخلال بتسلم المبيع 181.
- المبحث الثاني: أنواع خاصة من البيوع 183.
- المطلب الأول: بيع العقارات في طور الإنجاز 184.
- الفقرة الأولى: تعريف بيع العقار في طور الإنجاز ومجال تطبيق القانون المصطلح له 185.
- أولاً: تعريف بيع العقار في طور الإنجاز 185.

- ثانيا: مجال تطبيق القانون المنطبق ببيع العقار في طور الإنجاز
- 186 - الفقرة الثانية: إبرام عقد بيع العقار في طور الإنجاز وأثره القانوني
- 186 - أولا: عقد تخصيص العقار في طور الإنجاز
- 187 - ثانيا: عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز
- 189 - 1- كيفية إبرام عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز
- 190 - 2- آثار إبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز وخصه
- 192 - أ- الآثار القانونية لإبرام العقد الابتدائي لبيع العقار في طور الإنجاز
- 192 - ب- صبح عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الإنجاز
- 194 - ثالثا: عقد البيع النهائي للعقار في طور الإنجاز
- 194 - المطلوب الثاني: عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار
- 197 - الفقرة الأولى: ماهية الإيجار المفضي إلى تملك العقار ونطاق تطبيق القانون المنظم له
- 198 - أولا: مفهوم عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار
- 199 - 1- تعريف الإيجار المفضي إلى تملك العقار
- 199 - 2- خصائص عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار
- 200 - 3- تمييز عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بعض العقود المشبهة
- 201 - أ- تمييز الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بيع الخيار
- 201 - ب- تمييز الإيجار المفضي إلى تملك العقار عن بيع العقار في طور الإنجاز
- 203 - ثانيا: نطاق تطبيق أحكام القانون رقم 51.00
- 204 - 1- العقارات المشمولة بالقانون رقم 51.00
- 204 - أ- العقارات المنجزة والمعدة للسكنى
- 204 - ب- العقارات المحظرة وغير المحظرة
- 209 - 2- للموضوعات المستثناة من نطاق القانون رقم 51.00
- 212 - الفقرة الثانية: إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار وخصه
- 212 - أولا: إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار
- 212 - 1- كيفية إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار
- 214 - 2- آثار إبرام عقد الإيجار المفضي إلى تملك العقار
- 216 - 3- عقد البيع النهائي

- ثانياً: فسخ عقد الإيجار المفصلي إلى تملك العقار ... 217
- 1- فسخ لأسباب منسوبة إلى البائع ... 217
- 2- الفسخ لأسباب منسوبة إلى المكتري الممتلك أو ذوي حقوقه ... 217
- المبحث الثالث: عقد الوديعة وعقد الوكالة ... 220
- المطلب الأول: عقد الوديعة ... 220
- الفقرة الأولى: ماهية الوديعة ... 221
- أولاً: تعريف عقد الوديعة وخصائصه ... 223
- 1- تعريف عقد الوديعة ... 223
- 2- خصائص عقد الوديعة ... 224
- ثانياً: تمييز عقد الوديعة عن بعض العقود المشابهة ... 225
- 1- تمييز عقد الوديعة عن عقد العارية ... 226
- 2- تمييز عقد الوديعة عن الحراسة ... 227
- الفقرة الثانية: أركان عقد الوديعة والآثار المترتبة على انعقاده ... 229
- أولاً: أركان عقد الوديعة ... 229
- 1- الرضى والأهلية في عقد الوديعة ... 229
- 2- المحل والسبب في عقد الوديعة ... 230
- ثانياً: الآثار القانونية لعقد الوديعة ... 231
- 1- التزامات المودع عنده ... 232
- أ- التزام المودع عنده بحفظ الشيء المودع ... 232
- ب- التزام المودع عنده برد الشيء المودع ... 235
- 2- التزامات المودع ... 237
- الفقرة الثالثة: انقضاء عقد الوديعة ... 238
- المطلب الثاني: عقد الوكالة ... 240
- الفقرة الأولى: ماهية الوكالة وأنواعها ... 242
- أولاً: تعريف وخصائص عقد الوكالة ... 242
- 1- تعريف عقد الوكالة ... 242
- 2- خصائص عقد الوكالة ... 243
- ثانياً: أنواع الوكالة ... 243
- الفقرة الثانية: إبرام عقد الوكالة ... 244
- أولاً: الرضى والأهلية في عقد الوكالة ... 246
- ثانياً: المحل والسبب في عقد الوكالة ... 246
- 249

- 252 الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لاتخاذ الوكالة لأسباب انقصائها
 252 أولا: آثار القنوية لانعقاد الوكالة
 252 1- آثار الوكالة فيما بين المتعاقدين ..
 252 أ- التزامات الوكيل في عقد الوكالة
 256 ب- التزامات الموكل في عقد الوكالة وصلايات تنفيذها
 258 2- آثار الوكالة في مواجهة الغير ..
 261 ثالثا: أسباب انقضاء عقد الوكالة ..
 263 1- انقضاء الوكالة لأسباب ترجع إلى الفواعل العامة
 264 2- انقضاء عقد الوكالة لأسباب خاصة به ..
 270 الباب الثاني: العقود التجارية
 292 مبحث تمهيدي: الإطار المفاهيمي والموضوعي للعقد التجاري
 296 المطلب الأول: مفهوم العقد التجاري
 296 الفقرة الأولى: الصيغة التشريعية والفقهية لمفهوم العقد التجاري
 297 أولا: تعريف المشرع للعقد التجاري ..
 297 ثانيا: تعريف الفقه للعقد التجاري ..
 300 الفقرة الثانية: معايير العقد التجاري في اجتهادات القضاء
 303 أولا: معيار سفة القائم بالعمل محل العقد
 304 ثانيا: معيار طبيعة العمل محل العقد
 307 المطلب الثاني: لأحكام الخاصة بالعقود التجارية ..
 310 الفقرة الأولى: عنصر السرعة في المعاملات التجارية
 310 أولا حرية الإثبات في المعاملات التجارية ..
 315 ثانيا: التسدد في منح للمدين الإسهل القلوس أو القسائي
 316 ثالثا: تقصير أجل التقادم
 320 رابعا: حل المنازعات التجارية عن طريق القضاء أو التحكيم
 325 الفقرة الثانية: عنصر الثقة ولائتم في المعاملات التجارية
 325 أولا: افتراض التضامن بين المدينين في الالتزامات التجارية ..
 327 ثانيا: خصائص الفائدة في المعاملات التجارية
 329 ثالثا: الرقابة من المصروف لمالية للتاجر ومطابقتها
 334 المطلب الثالث: العقود التجارية من خلال تصنيفها وتنظيمها
 334 الفقرة الأولى: تصنيف الفقه للعقود التجارية ..

- أولاً: عقود الرهن والوساطة التجارية . 335
- 1- عقود الرهن التجارية 335
- 2- عقود الوساطة التجارية 336
- ثانياً: عقود الخدمات التجارية 336
- ثالثاً: العقود للبنكية والتمويلية 338
- المرء المدنية، تنظيم المشرع المغربي للعقود التجارية 340
- أولاً: تنظيم العقود التجارية في الكتاب الثاني من مدونة التجارة . 34
- ثانياً: تنظيم العقود التجارية في الكتاب الرابع من مدونة التجارة 344
- المبحث الأول: الرهن وعقود الوساطة التجارية. 345
- المطلب الأول: عقد الرهن 346
- المطلب الأول: الرهن مع نقل حيازه للشيء المرهون 349
- الفقرة الأولى: الرهن الحيزي التجاري . 349
- أولاً: تسليم الموقوف المادي 352
- ثانياً: تسليم المنقول المعنوي 354
- الفقرة الثانية: الإيداع بالمفازن العامة 356
- المطلب الثاني: الرهن دون نقل حيازه للشيء المرهون 360
- الفقرة الأولى: رهن أدوات ومعدات التجهيز 360
- أولاً: خصائص رهن أدوات ومعدات التجهيز 361
- ثانياً: إجراءات رهن أدوات ومعدات التجهيز 362
- ثالثاً: صلاحيات الدائن المرتهن في رهن أدوات ومعدات التجهيز 363
- الفقرة الثانية: رهن بعض المنتوجات والمولد 364
- أولاً: خصائص رهن بعض المنتوجات والمولد 365
- ثانياً: إجراءات رهن بعض المنتوجات والمولد 366
- المبحث الثاني: عقود الوساطة التجارية 370
- المطلب الأول: الوكالة التجارية 374
- الفقرة الأولى: ماهية الوكالة التجارية 376
- أولاً: تعريف عقد الوكالة التجارية 377
- ثانياً: الطبيعة القانونية لعقد الوكالة التجارية 382
- 1- خصائص عقد الوكالة التجارية. 382
- 2- تمييز عقد الوكالة التجارية عن العقود المشابهة 385

- أ- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الممصرة 389
- ب- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الوكالة بالعمولة 389
- ج- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الترخيص التجاري 388
- الفقرة الثانية، تكوين عقد الوكالة التجارية 391
- أولاً: الرضى في عقد الوكالة التجارية 392
- ثانياً: المحل والسبب في عقد الوكالة التجارية 394
- الفقرة الثالثة الآثار القانونية لعقد الوكالة التجارية 395
- أولاً: آثار عقد الوكالة التجارية فيما بين المتعاقدين 395
- 1- التزامات الوكيل التجاري 395
- أ- تنفيذ الوكالة التجارية وفق النطاق المحدد لها 399
- ب- تنفيذ الوكالة التجارية بمراعاة مصالح الموكل 399
- 2- التزامات الموكل في عقد الوكالة التجارية 401
- أ- تمكين الوكيل التجاري من سبل إنجاز مهمته 401
- ب- أداء لأجرة وتصيد المستحقات الأخرى 403
- ثانياً آثار عقد الوكالة التجارية بالنسبة للغير 407
- 1- آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الموكل بالغير 407
- 2- آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الوكيل التجاري بالغير 408
- الفقرة الرابعة: انقضاء عقد الوكالة التجارية 409
- أولاً: انقضاء عقد الوكالة التجارية بالأسباب العامة لانقضاء العقود 410
- 1- تنفيذ المحل في عقد الوكالة التجارية أو انتهاء أجله 410
- 2- استحالة تنفيذ عقد الوكالة التجارية 413
- ثانياً: انقضاء عقد الوكالة التجارية لأسباب خاصة بالمتعاقدين 414
- 1- عزل الوكيل التجاري وتناوله عن الوكالة 414
- 2- موت الموكل أو الوكيل التجاري 415
- المطلب الثاني: عقد الممصرة 416
- الفقرة الأولى: ماهية الممصرة 420
- أولاً: تعريف عقد الممصرة 420
- ثانياً: خصائص عقد الممصرة 426
- ثالثاً: تمييز عقد الممصرة عن بعض العقود المشابهة 429
- الفقرة الثانية، تكوين عقد الممصرة 431
- أولاً: الرضى في عقد الممصرة 432

- 435 ثانياً: المحل والسبب في عقد الممصرة
- 437 فقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد الممصرة
- 437 أولاً: التزامات الممصر
- 438 1- تعهد الممصر للعامة المكلف بها بنفسه
- 440 2- حفظ الممصر للوثائق والمعدات
- 442 3- عدم تعاقب الممصر لحسابه الشخصي
- 443 ثانياً: التزامات الزبون في عقد الممصرة
- 444 1- الالتزام بدفع الأجرة
- 447 2- الالتزام بتسديد المصاريف
- 448 3- الالتزام بالتعويض
- 450 فقرة الرابعة: نقصاء عقد الممصرة
- 452 أولاً: تعهد محل عقد الممصرة أو انتهاء الأجل المحدد له
- 452 ثانياً: صبح عقد الممصرة
- 453 ثالثاً: استحالة تعهد عقد الممصرة لسبب أجنبي أو للوفاة
- 455 للمطلب الثالث: الوكالة بالعمولة
- 456 الفقرة الأولى: ماهية الوكالة بالعمولة
- 456 أولاً: تعريف عقد الوكالة بالعمولة
- 458 ثانياً: خصائص عقد الوكالة بالعمولة
- 459 1- انتهاء عقد الوكالة بالعمولة إلى طائفة الأعمال التجارية
- 459 2- قيام عقد الوكالة بالعمولة على الاعتبار الشخصي
- 460 3- تعاقب الوكيل باسمه في الوكالة بالعمولة
- 462 4- استقلالية الوكيل في القيام بمهام الوكالة بالعمولة
- 462 الفقرة الثانية: تكوين عقد الوكالة بالعمولة
- 462 أولاً: الرضى في عقد الوكالة بالعمولة
- 464 ثانياً: المحل والسبب في عقد الوكالة بالعمولة
- 465 الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد الوكالة بالعمولة
- 465 أولاً: آثار عقد الوكالة بالعمولة في علاقة الوكيل بالموكل
- 465 1- حقوق الوكيل بالعمولة
- 465 أ- حق الوكيل بالعمولة في الأجرة
- 466 ب- حق الوكيل بالعمولة في استرداد المصاريف
- 469 2- ضمانات استيفاء الوكيل بالعمولة لحقوقه
- 470

- أ- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد السمسرة . 385
- ب- تمييز عقد الوكالة التجارية عن عقد الوكالة بالمسولة . 387
- ج- تمييز عقد الوكالة للتجارية عن عقد الترخيص التجاري . 388
- الفقرة الثانية: تكوين عقد الوكالة التجارية . 392
- ولا: الرضى في عقد الوكالة التجارية . 392
- ثانيا: المحل والسبب في عقد الوكالة التجارية . 394
- الفقرة الثالثة: الآثار العلوية بعقد الوكالة التجارية . 395
- ولا: آثار عقد الوكالة التجارية فيما بين المتعاقدين . 395
- 1- التزامات الوكيل التجاري . 395
- 2- تنفيذ الوكالة التجارية وفق النطاق المحدد لها . 397
- ب- تنفيذ الوكالة التجارية بمراعاة مصالح الموكل . 399
- 2- التزامات الموكل في عقد الوكالة التجارية . 402
- أ- تمكين الوكيل التجاري من سبل إنجاز مهمته . 402
- ب- أداء الأجرة وتسييد المستحقات الأخرى . 403
- ثانيا: آثار عقد الوكالة التجارية بالنسبة للغير . 407
- 1- آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الموكل بالغير . 407
- 2- آثار عقد الوكالة التجارية في علاقة الوكيل التجاري بالغير . 408
- الفقرة الرابعة: انقضاء عقد الوكالة التجارية . 409
- ولا: انقضاء عقد الوكالة التجارية بالأسباب العامة لانقضاء العقود . 410
- 1- تنفيذ المحل في عقد الوكالة التجارية أو انتهاء أجله . 410
- 2- استحالة تنفيذ عقد الوكالة التجارية . 413
- ثانيا: انقضاء عقد الوكالة التجارية لأسباب خاصة بالمتعاقدين . 414
- 1 عزل الوكيل التجاري وتنازله عن الوكالة . 414
- 2- موت الموكل أو الوكيل التجاري . 415
- المطلب الثاني: عقد السمسرة . 416
- الفقرة الأولى: ماهية السمسرة . 420
- ولا: تعريف عقد السمسرة . 420
- ثانيا: خصائص عقد السمسرة . 426
- ثالثا: تمييز عقد السمسرة عن بعض العقود المشابهة . 429
- الفقرة الثانية: تكوين عقد السمسرة . 431
- ولا: الرضى في عقد السمسرة . 432

- 435 بقيا المحل والسبب في عقد السمسرة
- 437 الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد السمسرة
- 437 أولا: آثار لعقد السمسرة
- 438 1- تعدد السمسرة للهمة المكلف بها بنفسه
- 440 2- حفظ السمسرة للوثائق والعينات
- 442 3- عدم تعاقب السمسرة لحسابه الشخصي
- 443 ثانيا: الترسات الربون في عقد السمسرة
- 444 1- الالتزام بنفع لأجرة
- 447 2- الالتزام بتسديد المصاريف
- 448 3- الالتزام بالتعويض
- 450 الفقرة الرابعة: انقضاء عقد السمسرة
- 452 ولا: تعيد محل عقد السمسرة أو انتهاء لأجل المجدد له
- 452 نفيًا: فسخ عقد السمسرة
- 453 ثالثًا: استحالة تعيد عقد السمسرة لسبب اجنبي أو للوفاة
- 455 للمطلب الثالث: الوكالة بالعمولة
- 456 الفقرة الأولى: ماهية الوكالة بالعمولة
- 456 أولاً: تعريف عقد الوكالة بالعمولة
- 458 ثانياً: خصائص عقد الوكالة بالعمولة
- 459 1- انتهاء عقد الوكالة بالعمولة إلى طلعة الأعمال التجارية
- 459 2- قيام عقد الوكالة بالعمولة على الاعتبار الشخصي
- 460 3- تعاقب الوكيل باسمه في الوكالة بالعمولة
- 462 4- استقلالية الوكيل في القيام بمهام الوكالة بالعمولة
- 462 الفقرة الثانية: تكوين عقد الوكالة بالعمولة
- 462 أولاً: لرضى في عقد الوكالة بالعمولة
- 464 ثانياً: المحل والسبب في عقد الوكالة بالعمولة
- 465 الفقرة الثالثة: الآثار القانونية لعقد الوكالة بالعمولة
- 465 أولاً: آثار عقد الوكالة بالعمولة في علاقة الوكيل بالموكل
- 465 1- حقوق الوكيل بالعمولة
- 466 أ- حق الوكيل بالعمولة في الأجرة
- 469 ب- حق الوكيل بالعمولة في استرداد المصاريف
- 470 2- صلاوات استثناء الوكيل بالعمولة لحقوقه

- أ- تمتع الوكيل بالعمولة بحق الامتياز
 ب- تمتع الوكيل بالعمولة بحق الحصص
 ج- تضامن الموكلين
 3- التزامات الوكيل بالعمولة
 أ- الالتزامات المنبثقة عن مبدأ حسن النية في التعامل عموماً
 ب- الالتزامات المنبثقة عن عقد الوكالة بالعمولة خاصة
 ثالثاً: آثار عقد الوكالة بالعمولة في مواجهة الغير
 1- آثار عقد الوكالة بالعمولة بين الوكيل بالعمولة والغير
 2- آثار عقد الوكالة بالعمولة بين الموكل والغير
 الفقرة الرابعة: انقضاء عقد الوكالة بالعمولة
 أولاً: انقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأسباب تتعلق بتنفيذه
 ثانياً: انقضاء عقد الوكالة بالعمولة لأسباب تخص المتعاقدين
 الفصل الثاني: العقود البنكية والتوصيلية
 للمبحث الأول: العقود البنكية
 للمطلب الأول: عقود الإيداع والخدمات البنكية
 الفقرة الأولى: الحساب البنكي
 أولاً: فتح الحساب البنكي
 1- شروط فتح الحساب البنكي
 أ- بالنسبة للشخص الطبيعي
 ب- بالنسبة للشخص المعنوي
 2- إجراءات فتح الحساب البنكي وحجية كشوفاته
 أ- إبرام اتفاقية فتح الحساب البنكي
 ب- الحجية القانونية لكشف حساب البنكي
 ثالثاً: أنواع الحساب البنكي
 1- الحساب بالاطلاع
 2- الحساب لأجل
 ثالثاً: قفل الحساب البنكي
 الفقرة الثانية: الوديعة البنكية
 أولاً: إيداع النقود
 1- تعريف الوديعة النقدية

- 520- الالتزام برد الربحة النقدية.
- 521- ثانيا: إيداع السندات.
- 521- السندات القابلة للإيداع.
- 523- الالتزام بحفظ السندات وإدارتها وردها.
- 523- الفقرة الثالثة: التحويل.
- 526- أولا: معنى التحويل البنكي.
- 528- ثانيا: شروط إجراء عملية التحويل البنكي وأثارها.
- 530- المطلب الثاني: العقود المتعلقة بالائتمان البنكي وضمائنه.
- 530- الفقرة الأولى: عمليات الائتمان البنكي.
- 531- أولا: فتح الاعتماد.
- 534- أ- تعريف فتح الاعتماد وخصائصه.
- 534- أ- تعريف فتح الاعتماد.
- 536- ب- خصائص فتح الاعتماد.
- 538- 2- اتخاذ عقد فتح الاعتماد وانقضاؤه.
- 542- ثانيا: الخصم.
- 542- 1- تعريف الخصم.
- 544- 2- تمييز الخصم عن العمليات المشابهة.
- 547- 3- إبرام عقد الخصم.
- 550- 4- الآثار القانونية للخصم.
- 551- الفقرة الثانية: ضمانات الائتمان البنكي.
- 551- أولا: حوالة الديون المهنية.
- 554- 1- تعريف حوالة الديون المهنية.
- 554- 2- شروط إجراء حوالة الديون المهنية.
- 555- ثانيا: رهن القيم.
- 556- 1- تعريف القيم المنقولة.
- 561- 2- خصائص رهن القيم المنقولة.
- 563- 3- آثار رهن القيم المنقولة.
- 566- المبحث الثاني: عقد الائتمان الإيجاري.
- 569- المطلب الأول: ماهية عقد الائتمان الإيجاري.
- 571- الفقرة الأولى: تعريف عقد الائتمان الإيجاري.
- 576- الفقرة الثانية: خصائص عقد الائتمان الإيجاري.

- 577... لولا: خروج الائتمان الإيجاري على القواعد العامة للإيجار
- 577... 1- من حيث الأطراف المستخلصة في إنشاء الائتمان الإيجاري والتزاماتها
- 580... 2- من حيث وظيفة خيار الفراء في الائتمان الإيجاري
- 582... ثانيا: انقسام الائتمان الإيجاري بالطابع المالي
- 583... الفقرة الثالثة: لطبيعة القانونية لعقد الائتمان الإيجاري
- 587... المطلوب الثاني: مريان عقد الائتمان الإيجاري
- 588... الفقرة الأولى: تكوين عقد الائتمان الإيجاري
- 588... الفقرة الثانية: الآثار القانونية لعقد الائتمان الإيجاري
- 589... لولا: التزامات المستأجر في عقد الائتمان الإيجاري
- 589... 1- الالتزام بتسلم الأشياء والمحافظة عليها
- 589... أ- تسليم الأشياء محل الائتمان الإيجاري
- 592... ب- المحافظة على الأشياء محل الائتمان الإيجاري
- 594... 2- الالتزام بداء الأجرة وسائل المستغلت الأخرى
- 595... 3- الالتزام بحماية حقوق الشركة للمؤجر
- 596... أ- إشعار الغير بحقوق المؤجر في عقد الائتمان الإيجاري
- 598... ب- إشعار شركة الائتمان الإيجاري بالمخاطر المهددة لحقوقها
- 599... ثانيا: التزامات شركة الائتمان الإيجاري
- 599... 1- الالتزام بشراء المنقول
- 600... 2- الالتزام بتحقيق خيار التملك لفائدة المستأجر
- 602... المطلوب ثالث: انقضاء عقد الائتمان الإيجاري
- 602... الفقرة الأولى: انتهاء عقد الائتمان الإيجاري بانتهاء مدته
- 602... لولا: إعادة المنقول المؤجر إلى شركة الائتمان الإيجاري
- 603... ثانيا: تجديد عقد الائتمان الإيجاري
- 603... ثالثا: تملك المستأجر للمنقول محل الائتمان الإيجاري
- 603... الفقرة الثانية: إنهاء عقد الائتمان الإيجاري قبل انقضاء مدته
- 604... لولا: فسخ عقد الائتمان الإيجاري من طرف المؤجر
- 605... ثانيا: فسخ عقد الائتمان الإيجاري بقوة القانون
- 608... ثالثا: فسخ عقد الائتمان الإيجاري بطلب من المستأجر
- 609... لائحة المراجع
- 641... القهر

